



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av sporvekselvarmesystem. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 og forskriften § 3-1 (7) ved å avlyse konkurransen på et unødvendig sent tidspunkt, og antok at vilkårene for å kreve erstatning for kostnadene som hadde påløpt etter at konkurransen burde vært avlyst var oppfylt. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 16. juni 2009 i sak 2008/216

Klager: Kaasbøl AS

Innklaget: Kollektivtransportproduksjon AS

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Morten Goller og Tone Kleven

Saken gjelder: Klagefrist, avlysning av konkurranse, god forretningsskikk.

Bakgrunn:

- (1) Kollektivtransportproduksjon AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. mai 2007 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om levering av sporvekselvarmesystemer. I kunngjøringen punkt II.1.5) var det gitt en kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang:

"Vi ønsker en rammeavtale på leveranse av varmeelementer og tilhørende apparatskap for et fullautomatisk og fjernstyrt anlegg. Interesserte leverandører må dokumentere kjennskap til slike anlegg og medsende en referanseliste over tilsvarende oppdrag.

Opsjon:

Installasjon av sporvekselvarmesystemer."

- (2) Fristen for å be om å få utlevert konkurransegrunnlaget var 8. juni 2007. Konkurransegrunnlaget, som er datert 12. november 2007, besto av to deler, retningslinjer til tilbyder og utkast til kontrakt. Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget del I punkt 4:

Kriteria	Vekting
<i>Oppfyllelse av teknisk beskrivelse Herunder</i> <i>• Forståelse av oppgaven</i> <i>• Gjennomføringsevne (teknisk og økonomisk)</i>	<i>40 % - 60 %</i>
<i>Pris</i>	<i>15 % - 30 %</i>
<i>Demonstrerte ytelser Herunder</i>	<i>10 % - 15 %</i>

• Referanser med kontaktpersoner på tilsvarende leveranser	
Leveringstid	5 %

- (3) Kravspesifikasjonen fremgikk av vedlegg A til kontraktsforslaget, "Teknisk beskrivelse av sporvekselvarme". Her fremgikk følgende om "PLS":

"Anlegget skal styres med PLS. Dette skal være av typen Siemens 300 serie eller Mitsubishi Q serie.

PLS skal være modulært oppbygget og evt påbygges modulært med I/O, kommunikasjons, og eller andre typer kort. PLS skal utstyres med en form for watchdog for å melde evt kommunikasjonsfrfall. Alt behov for status/tilbakemelding/styring til og fra Alarmsentral skal gå via denne. Alle undersystemer/utstyrspakker og deres behov for styring/status skal primært legges inn i hoved PLS. Er det behov for I/O i nærheten tilknyttes denne via distribuerte I/O enheter som via PROFIBUS kommuniserer med aktuell PLS. Distribuert I/O skal ha mulighet for å gå til sikker tilstand ved kommunikasjonsbrudd. Dvs at utgang skal ha parametstrings mulighet for å legges i høy, lav eller beholde siste tilstand.

All funksjonalitet som blir lagt inn i PLS skal beskrives og logikk skjema skal vedlegges. Typisk skal den samme type funksjonalitet gjenbruke samme softwaremodul.

Hoved PLS skal kommunisere via ethernet TCP/IP protokoll med skjermssystem på Tøyen. Mellom skjermssystem server Tøyen og den aktuelle PLS leveranse skal det benyttes OPC grensesnitt."

- (4) Den 27. november 2007 sendte innklagede ut en e-post med spørsmål og svar fra konkurransegrunnlaget. Herfra hitsettes:

"2. Tekniske krav

Konkurransegrunnlagets tekniske beskrivelse spesifiserer "System 94" og beskriver i betydelig grad detaljerte tekniske løsninger som kjennetegner dette systemet. Dette er så vidt vi vet et proprietært system eiet av vår konkurrent. Vi kan i tilfelle ikke levere dette systemet. Vi kan heller ikke levere en kopi av dette systemet, siden vi da vil krenke 3 parts rettigheter. Vi ber om bekreftelse på at det konkurrerende system med andre tekniske løsninger kan tilbys.

Svar:

Vi har gått igjennom Teknisk beskrivelse, del 1, Levering av materiell uten å finne ut hvor "System 94" henviser til. Leverandørene velger løsninger bare alle funksjonskrav er oppfylt."

- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 10. desember 2007 kl. 12.00. Én leverandør leverte tilbud innen fristen. Dette var Kaasbøl AS (heretter kalt klager).
- (6) Etter at klager hadde levert tilbud, ble det avholdt møte mellom innklagede og klager. Fra møtereferatet, datert 21. januar 2008, hitsettes:

"Generelt

*Gjennomgang av tilbud på sporvekselvarmesystem For-2007-0046
Kunne vært avvist på grunnlag av det ufullstendig leverte tilbud.
Har kun levert 1 eksemplar, manglet også 1 stk CD.*

Vedståelsesfrist: Tilbudets gyldighet 90 dager.

Referanseliste med kontaktpersoner på tilsvarende leveranser.

Mengdebeskrivelsen var ikke priset. (Priser sporvekselvarme/varmeelementer i hht Teknisk beskrivelse.)

Teknisk løsning må besvares.

Pris på montasje.

Sikkerhetsdokumentasjon.

Tilbakemelding innen 14 dager – 15.02.08.”

(7) Ved brev av 28. mai 2008 ble konkurransen avsluttet uten kontraktsinngåelse:

”Vi viser til deres tilbud på Forespørsel FOR-2007-0046 vedrørende ”Sporvekselvarmesystem”.

Det ble ikke valgt noen leverandør i dette prosjektet, da det ikke var noen som oppfylte tildelingskriteriene som var:

- *Oppfyllelse av teknisk beskrivelse*
 - Herunder*
 - *Gjennomføringsevne (teknisk og økonomisk)*
 - *Forståelse av oppgaven*
- *Demonstrerte ytelser*
- *Referanser med kontaktpersoner på tilsvarende leveranser*
- *Leveringstid*

Her er begrunnelser for at Dere ikke er blitt valgt som leverandør på denne rammeavtale.

Deres tekniske løsning tilfredsstiller ikke det vi forespurte om:

Pkt. 1

PLS

Anlegget skal styres med PLS. Dette skal være av type Siemens 300 serie eller Mitsubishi Q serie.

Pkt. 2

Hoved PLS skal kommunisere via ethernet TCP/IP protokoll med skjermssystem på Tøyen.

Mellom skjermssystem server Tøyen og den aktuelle PLS leveranse skal det benyttes OPC grensesnitt.

Pkt. 3 Fiber skal være inkludert helt frem

Fiber

Det benyttes Singlemodus (SM) i hovednett (stamnett).

Hovedfibernabler er terminert i teknisk rom for aktuelle T bane stasjoner og tilkoblet Switch. Fra switch og til sporvekselvareskap benyttes Multimodus (MED MER) fiber eller kobber direkte ved korte avstander mindre enn 20 m.

Nødvendig fibergrensesnitt i sporvekselvareskapet skal være inkludert."

- (8) Klager påklaget innklagedes vurdering av klagers tilbud i brev av 29. mai 2008. Fra brevet hitsettes:

"Vi viser til deres brev datert 28. mai, mottatt per e-post den 28. mai hvor vi blir informert om at tilbudet avvises fordi vår tekniske løsning ikke tilfredsstiller det Kollektivtransportproduksjon AS spurte om.

Beslutningen er foretatt på grunnlag av feil faktum, og det må være utvist sterkt urimelig og usaklig skjønn. Den er klart i strid med gjeldende regelverk for slike anskaffelser.

1. Å avvise vårt tilbud på grunnlag av at tilbudt fordelingsskap ikke inkluderer PLS med varemerket Siemens eller Mitsubishi er utvilsomt i strid med gjeldende anskaffelsesregelverk så vel som Methlies avklaring.

2.1 Mulighet for kommunikasjon mot systemet via ethernet TCP/IP protokoll er inkludert i tilbud datert 20. des 2007, se for eksempel tilbudets vedlegg 2.

2.2 Skjermssystem eller andre datamaskiner på Tøyen kan utstyres med OPC grensesnitt. Vi har også tilbudt programvare som kan anvendes uten at Kollektivtransportproduksjon AS har ønsket å forhandle om detaljene i dette.

3.1 Grensesnitt for kobber er inkludert, dette følger av tilbud datert 20. des 2007.

3.2 Kollektivtransportproduksjon har i konkurransegrunnlaget ikke redegjort for hvorvidt fiber er nødvendig når kobber er inkludert, eller hva som i tilfelle menes med nødvendig fibergrensesnitt. Multimodus (MM) fiber er ingen entydig betegnelse, og utstyret i fordelingsskapet må samsvare med kablen så vel som utstyret i andre enden av kablen for å fungere. Vi har dog under forhandlingene tilbudt et par, av flere mulige, alternativer uten å motta tilbakemelding."

- (9) Innklagede besvarte klagen i brev av 11. juni 2008:

"Takk for deres brev.

Vi deler ikke deres oppfatning av at KTP AS har utvist "sterkt urimelig og usaklig skjønn". Vi bestrider at beslutningen om å avvise deres tilbud er i strid med regelverket.

Som anført i avvisningsbrevet av 28.5.2008 avviser vi deres tilbud da vi ikke ser at leveransen oppfyller alle deler av vår tekniske spesifisering. KTP har i løpet av evalueringsperioden benyttet retten til å avholde avklaringsmøter. Vi ønsket å se om det likevel var mulig for dere å oppfylle den delen av tilbudet vi anser mangelfull i forhold til vår tekniske spesifisering. På bakgrunn av revidert tilbud mottatt i etterkant av avklaringsmøte ser vi fremdeles ikke at dere oppfyller kravene og vi opprettholder dermed beslutningen vår.

Vi gir dere derimot medhold i et av punktene i klagebrevet.

Dere anfører at KTP ved "å avvise tilbudet på grunnlag av at tilbudt fordelingsskap ikke inkluderer PLS av varemerket Siemens eller Mitsubishi er utvilsomt i strid med regelverket". Vi omgjør denne avgjørelsen. Ved å tilby PLS av merket Siemens, Mitsubishi eller tilsvarende oppfyller dere kravspesifikasjonen.

Vi kan derimot ikke gi dere medhold hva angår OPC grensesnitt. I deres brev hevder dere at deres tilbud oppfyller vår kravspesifisering hva angår OPC grensesnitt. Dette grensesnittet oppfylles så fremt KTP kjøper en dataprogramvare fra dere. Da det er behov for å måtte kjøpe ytterligere programvare for at deres sporvekselvarmesystem skal kunne integreres med vårt eksisterende system kan ikke vi se at dette er å oppfylle spesifiseringen. Dette tilsier at vi må pådra oss ekstra omkostninger ved å velge deres system, samt at vi får ytterligere et dataprogram å drifte. Det finnes flere typer sporvekselvarmesystemer som enkelt kan integreres med vårt eksisterende system og det kan derfor ikke være brudd på regelverket å kreve et OPC grensesnitt. Er dette å anse som et brudd på regelverket ville konsekvensen blitt at et hvilket som helst system kan tilpasses så lenge man kjøper nødvendig "hjelpesystem". Dette har aldri vært regelverkets hensikt.

Det kommer videre klart frem også i kontraktsvilkårene som følger konkurransegrunnlaget. Art 4.3 stadfester klart at "Leverandøren er ansvarlig for at leveransen er kompatibel, og fungerer med Kundens eksisterende system/utstyr". Det kan derfor aldri ha vært tvil om at vi ønsker et system som er kompatibelt med det eksisterende systemet uten at vi behøver å gå til innkjøp av flere dataprogrammer. Til slutt fratar dette også oss muligheten til å kunne "benchmark" prisene. Da vi må konvertere deres priser til også å omfatte programvare er det vanskelig for oss å kunne vurdere pris opp mot andre leverandører i markedet.

Krav om OPC grensesnitt er derfor ikke i strid med regelverket.

I forbindelse med punkt 3.1 og 3.2 i deres klage henviser dere til at dere tilbyr et kobber grensesnitt. Det fremgår av kravspesifikasjonen punkt 3.31.1 at KTP ber om fiber grensesnitt. Videre har KTP i avklaringsmøter gjort rede for at vi ønsker et fibergrensesnitt grunnet avstand fra vårt tekniske LAN og frem til leveranse-plass for sporvekselvarme skap. I avklaringsmøte forespurte vi om en komplett leveranse på dette inkludert nødvendig transmisjonsutstyr (fibernikkel, konverter osv) fra vårt tekniske LAN og fram til selve sporvekselvarme skapet. Dere tilbydde ikke en komplett pakke for vårt behov.

Vi håper dette imøteser spørsmål dere hadde vedrørende prosess For-2007-0046 og vi håper å se dere som tilbyder ved en annen anledning.

(10) Klager opprettholdt sin klage hva angikk OPC grensesnitt og fiber i brev av 11. juni 2008.

(11) I brev av 17. juni 2008 fant innklagede at klagers tilbud likevel oppfylte kravspesifikasjonen, men avsluttet konkurransen på grunnlag av at klager var eneste tilbyder:

"Vi tar deres klage til etterretning og omgjør beslutningen vår hva angår deres oppfyllelse av kravspesifikasjonen. Dette vil tas med i og til etterretning ved ny utlysning av denne anskaffelsen. Dessverre ser vi ikke at vi kan omgjøre beslutningen om å ikke tildele kontrakt i denne prosessen.

På tilbudstidspunktet mottok vi kun et tilbud. Vi hadde derfor ikke mulighet for å sammenligne deres tilbud og deres tilbudte løsning opp mot andre i markedet. Dette er også grunnen til at vi søkte avklaringsmøter. Vi ønsker å klarlegge hvilken løsning dere tilbød. Etter gjentatte avklaringsmøter/mail korrespondanse fremstod det fremdeles uklart for oss hva dere kunne levere. KTP forstod dermed at vi ikke hadde et tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag for å kunne tildele en kontrakt. [...]"

(12) Klager påklaget beslutningen om å avlyse konkurransen i brev av 27. juni 2008:

"Vi viser til deres brev av 11.6.2008 med varsel om at tidligere beslutning er omgjort og at konkurransen nå avlyses. Dere beklager at konkurransen ikke ble avlyst umiddelbart. Skal vi forstå dette slik at dere tilbyr oss å dekke de tap vi er påført?"

Det er med stor undring vi leser at dere har forhandlet for å finne ut hvordan leveransen kan sammenliknes med tidligere leveranser. Vi har selvfølgelig deltatt i forhandlingene under forutsetning av at dere hadde til hensikt å inngå kontrakt. For ordens skyld minner vi om at den omfattende tekniske informasjonen som vi har oversendt er fortrolig og at vi forventer at uautorisert bruk er utelukket.

Konkurransen har for oss vært reell. Under forhandlingsmøte ga deres representanter klart uttrykk for at dere samtidig forhandlet med en annen. Vi har tilbudt i samsvar med konkurransegrunnlagets krav. Våre priser og øvrige vilkår kan lett sammenliknes med hva dere har kunnet vente å oppnå, og vi antar at vårt tilbud er signifikant bedre. Beslutning om å avlyse konkurransen kan ikke være basert på vurderinger av hva som er økonomisk fordelaktig.

Vi stiller spørsmål ved hva som lå til grunn for at den andre deltakeren valgte å trekke seg fra konkurransen.

Tatt i betraktning det ovenfor nevnte og antall potensielle leverandører kan vi ikke se at det foreligger saklig grunn til å avlyse konkurransen. Vi krever at Kollektivtransportproduksjon AS omgjør sin beslutning og sørger for at konkurransen gjennomføres i samsvar med gjeldende regelverk. "

(13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 16. desember 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager bestrider at klagen er for sent innkommet. Selv om konkurransen ble avlyst 28. mai 2008, ble ikke klager varslet om dette før ved brev av 17. juni 2008.
- (15) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 ved at dokumentasjonen vedrørende gjennomføringen av konkurransen er mangelfull. Innklagede har sendt et møtereferat datert 21. januar 2008 til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Klager har aldri sett dette referatet tidligere. Klager har heller ikke deltatt på et møte med innklagede denne datoen. Første møte mellom klager og innklagede ble avholdt 31. januar 2008. Videre har innklagede lagt frem en udatert registreringsprotokoll som ikke er signert. Registreringene synes i vesentlig grad å være omtrentlige, og uten angivelse av dato. Klager bestrider dokumentets riktighet. Etter klagers mening er det sannsynlig at innklagedes saksbehandlere har avstått fra å signere protokollen fordi den ikke er riktig. Etter det klager er kjent med, er begge de to saksbehandlerne fortsatt ansatt hos innklagede. Protokollens innhold kan følgelig ikke vurderes som annet enn tvilsomme udokumenterte påstander, utover de deler av innholdet som er dokumentert på annen måte. Det fremgår ikke av protokollen hvem som var påmeldt i konkurransen, og som senere trakk seg.
- (16) Tildelingskriteriet "*Oppfyllelse av teknisk beskrivelse*" er i strid med regelverket, da det er konstruert for å gi leverandør av "*System 94*" en relativ fordel. Konkurranses grunnlaget inneholdt ved utsendelsen den 12. november 2007 krav om levering av spesifikke varemerker, uten at det var gitt mulighet til å levere tilsvarende. Innklagede krevde i realiteten levering av "*System 94*". For eksempel står det i konkurranses grunnlagets tekniske beskrivelse del 1 "*Levering av materiell*" side E3.4 at "*dette skal være av typen Siemens 300 serie eller Mitsubishi Q serie*". Dette er tekniske løsninger som brukes i "*System 94*".
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å utlevere konkurranses grunnlaget for sent. Etter klagers mening er det ikke riktig når innklagede hevder at manglende teknisk spesifisering er årsaken til at konkurranses grunnlaget ble utlevert så sent. Alle dokumenter i konkurranses grunnlaget som beskriver kravene til funksjonalitet er datert før kunngjøringen av konkurransen. Klager mener at innklagede utsatte utsendelsen av konkurranses grunnlaget fordi innklagede planla å anskaffe behovet for sporvekselvarme for det neste året på en annen måte. Innklagede hadde en teknisk spesifisering som forutsatte anskaffelse av "*System 94*". Klager har forstått det slik at leverandøren av "*System 94*" ikke deltok i konkurransen om rammeavtale. Sannsynligvis fant innklagede det enklest å anskaffe sporvekselvarme i samsvar med den kravspesifiseringen innklagede hadde, noe som måtte gjøres på en annen måte enn ved å gjennomføre den kunngjorte konkurransen om rammeavtale. Deltakerne i konkurransen kan være gitt forskjellig informasjon om dette.
- (18) Deler av den leveransen som var omfattet av konkurransen ble anskaffet på annen måte, uten at innklagede informerte klager om dette. Den 21. september 2007 foretok innklagede en ekstraordinær anskaffelse av sporvekselvarme, gjennom en endring av en entreprisekontrakt for sporarbeider. Bakgrunnen for endringen ble opplyst å være manglende rammeavtale for levering av sporvekselvarme. Denne anskaffelsen omfattet en vesentlig del av det omfanget og den verdien som var kunngjort anskaffet under

rammeavtalen. På grunn av denne endringsavtalen, ville det heller ikke være behov for anskaffelse av ytterligere sporvekselvarme den nærmeste tiden. Dersom innklagede hadde gjennomført konkurransen om rammeavtale slik den var kunngjort, og i samsvar med regelverket, ville anskaffelsen blitt foretatt under rammeavtalen. Anskaffelsen medførte således en endring av forutsetningene i kunngjøringen av konkurransen om rammeavtale i strid med regelverkets krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet.

- (19) Det forelå ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen. Innklagede hevdet 17. juni 2008 at grunnen til at konkurransen ikke ble avlyst tidligere var at innklagede ønsket å klarlegge teknisk løsning i klagers tilbud for å kunne sammenligne denne med andre leverandører i markedet. Innklagede må gjennom forhandlingene ha skaffet seg tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag, da innklagede fant at tilbudet var i samsvar med kravspesifikasjonen.
- (20) I sitt tilsvare til klagenemnda begrunner innklagede avlysningen av konkurransen på en annen måte enn tidligere. Innklagede har verken bevist at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, eller at det bare forelå ett tilbud i konkurransen. Under forhandlingene ga innklagede klager inntrykk av at det forelå flere tilbud. Konkurransen fremsto derfor som reell for klager. Forhandlingene pågikk over en periode på mer enn seks måneder, og tilbudets vedståelsesfrist måtte forlenges flere ganger. Under slike omstendigheter skal det stilles strengere krav ved vurderingen av om det foreligger saklig grunn til å avlyse en konkurranse.
- (21) Etter klagers mening ble konkurransen avlyst på grunn av at innklagede hadde avvist alle tilbud. Klagers tilbud ble avvist i strid med regelverket, noe innklagede erkjente i brev av 17. juni 2008. Likevel ble ikke klagers tilbud evaluert på nytt. Dersom innklagede ikke hadde vurdert klagers tilbud på gal måte, ville klager blitt tildelt kontrakt 28. mai 2008. Konkurransen ble følgelig besluttet avlyst uten saklig grunn, ettersom forhold vedrørende manglende konkurranse ikke ble vurdert av innklagede før den 17. juni 2008, altså etter at konkurransen var avsluttet. Innklagedes erkjennelse av å ha feilvurdert tilbudet kan heller ikke ha vært saklig grunn til å vurdere konkurransesituasjonen på en annen måte.
- (22) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om det kan være grunnlag for krav om erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

- (23) Klagen er ikke rettidig fremsatt, og må derfor avvises fra nemndsbehandling. Det fremgår av klagenemndsforskriften § 6 at klage må fremsettes innen seks måneder etter kontraktssignering. Det samme må etter innklagedes mening gjelde ved avlysning av konkurranser. Det er ikke rimelig at oppdragsgiver kan risikere å bli klaget inn for nemnda i ubegrenset tid etter at en prosess er avsluttet. Klager ble informert om at det ikke ble innstilt en leverandør til kontrakten i brev av 28. mai 2008. Det har ikke betydning at siste brev i forbindelse med saken ikke ble sendt før 4. juli 2008.
- (24) Innklagede kan ikke forstå hva klager ønsker å fremme med sin bemerkning vedrørende møtereferatet datert 21. januar 2008. Innklagede beklager dersom datoen på referatet er feil. Det er videre beklagelig at det ikke foreligger en signert versjon av signeringsprotokollen, dette innebærer imidlertid ikke at dokumentet er feilaktig. At dokumentet ikke er signert skyldes en intern glipp hos innklagede. For øvrig bemerkes

at innklagede ikke har signert protokollen i ettertid, da innklagede mente det kunne bli oppfattet som ureddelig å signere protokollen over seks måneder etter at prosessen var avsluttet. Innklagede valgte derfor å opptre ryddig ved å vedgå at protokollen ikke ble signert da den skulle. Det betyr ikke at ikke saksbehandlerne ikke står inne for innholdet i protokollen. Dersom det er ønskelig kan innklagede signere protokollen. Når det gjelder spørsmål om hvem som var påmeldt til konkurransen, men ikke leverte tilbud, fremgår det klart av protokollen at dette var Rolfsen og Juell. Når innklagede i dokumentet unnlater å bemerke at klager var den eneste tilbyder i konkurransen, har dette sammenheng med innklagedes forhandlingsposisjon, og innebærer ikke at det var flere som leverte tilbud.

- (25) Det er riktig at det gikk svært lang tid fra fristen til å melde seg på konkurransen til konkurransegrunnlaget ble sendt ut. Dette skjedde fordi funksjonsbeskrivelsen ikke ble klar til antatt tid. Innklagede har etter dette endret rutiner, og kunngjør ikke konkurranser før konkurransegrunnlaget er ferdigstilt. Kravspesifikasjonen er datert 21. april 2006 fordi dokumentet ble opprettet denne dagen. Det betyr ikke at kravspesifikasjonen var ferdig utformet på dette tidspunktet.
- (26) Det er ikke riktig at innklagede ventet med å sende ut konkurransegrunnlaget fordi deler av deler av leveringsomfanget i konkurransegrunnlaget "*skal være anskaffet på annen måte*". Det ble avgjort i klagenemndas sak 2008/73 at innklagede ikke hadde foretatt ulovlige direkteanskaffelser av sporvekselvarmesystemer i den perioden konkurransen ble gjennomført. Det bestrides også at innklagede har gitt forskjellig informasjon om dette til leverandørene som var påmeldt konkurransen.
- (27) Innklagede har aldri stilt krav om at det skulle gis tilbud på "*System 94*". Innklagede inngikk rammeavtale om levering av sporvekselvarmesystem i desember 2008. Denne avtalen er inngått med en leverandør som ikke leverer "*System 94*". Avtalen er basert på samme kravspesifikasjon som den avlyste konkurransen.
- (28) Det erkjennes at konkurransen ble avlyst sent. Det ble avholdt forhandlingsmøter med klager, uten at det ble opplyst at klager var eneste tilbyder. Grunnen til at innklagede valgte å forhandle med klager, selv om det ikke var kommet inn andre tilbud, er at rammeavtale om sporvekselvarme er en svært kritisk kontrakt for innklagede. Dersom varmesystemer ikke er på plass når det blir vinter, medfører dette store praktiske vanskeligheter fra klager. Etter hvert i forhandlingene innså innklagede at det nok ville være vanskelig å sammenligne klagers tilbud med eventuelle andre løsninger, både hva angikk pris og tekniske løsninger. Innklagede valgte derfor å ikke innstille til leverandør og avsluttet prosessen. Oppdragsgiver kan avslutte en prosess på grunn av manglende konkurranse, jf. EF-domstolens sak C-27/98 "*Metallmeccanica*".

Klagenemndas vurdering:

- (29) Innklagede er et "*offentlig foretak*", jf. Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) (forsyningsforskriften) av 7. april 2006 nr. 403 § 1-2 (1) bokstav a jf. § 4-1 bokstav c, og utøver aktivitet omfattet av forskriften i henhold til § 1-3 bokstav c. Anskaffelsen omfattes av Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forsyningsforskriften del I og del II.

Klagefrist

- (30) Innklagede har anført at klagen er fremsatt senere enn seks måneder etter at konkurransen ble avsluttet, og at klagen derfor må avvises fra behandling i klagenemnda.
- (31) Det følger av Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 (klagenemndsforordningen) § 6 2. ledd 2. punktum at "*[k]lage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver*". I denne saken er konkurransen avsluttet på annen måte enn ved kontraktsinngåelse, og bestemmelsen gjelder ikke i slike tilfeller, se klagenemndas sak 2008/97 premiss 35. Spørsmålet blir da om det har gått så lang tid fra konkurransen ble avsluttet til saken er brakt inn for klagenemnda at klageren ikke lenger kan anses å ha saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6 2. ledd 1. punktum, jf. klagenemndas sak 2008/97 premiss 36.
- (32) I brev av 28. mai 2008 informerte innklagede klager om at det ikke ville bli valgt leverandør i konkurransen, da det ikke forelå tilbud som var i tråd med kravspesifikasjonen. Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 16. desember 2008, altså mer enn seks måneder senere. Etter 28. mai 2008 var det imidlertid flere ganger kontakt mellom klager og innklagede vedrørende spørsmålet om klagers tilbud oppfylte kravene i kravspesifikasjonen. Ved brev av 17. juni 2008 erkjente innklagede at tilbudet oppfylte kravene. Innklagede valgte likevel å avlyse konkurransen. Avlysningen ble begrunnet med manglende konkurranse, fordi klager var den eneste leverandøren som hadde levert tilbud. Det gikk således seks måneder fra klager ble informert om den gjeldende grunnen til at konkurransen ble avlyst, og til saken ble brakt inn for klagenemnda. Klagenemnda finner, ut fra en konkret vurdering, at klager har saklig interesse i å få saken behandlet av nemnda.

Avlysning av konkurransen

- (33) Forsyningsforordningen inneholder ingen bestemmelser som regulerer når oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse. Det er imidlertid forutsatt i forordningen at konkurranser kan avsluttes uten kontraktsinngåelse. Det fremgår av forsyningsforordningen § 11-3 (1) at oppdragsgiver skal gi en kort begrunnelse dersom oppdragsgiver beslutter å ikke inngå kontrakt. Etter klagenemndas mening, må vilkåret for å avlyse en konkurranse som gjennomføres etter forsyningsforordningen i utgangspunktet være det samme som for konkurranser som gjennomføres etter Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (anskaffelsesforordningen). Det vises i denne forbindelse til Rt. 2000 side 1706 der det ble lagt til grunn at avlysning krever saklig grunn, før et slikt krav ble tatt inn i forordningen.
- (34) Det følger av anskaffelsesforordningen §§ 13-1 (1) og 22-1 (1) at "*[o]ppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn*". Dette innebærer at konkurransen kan avlyses dersom det foreligger en objektivt sett saklig grunn, jf. klagenemndas sak 2008/60 premiss 34. Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt, må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering der det tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 side 473, Rt. 2007 side 983, dom fra Borgarting lagmannsrett av 30. mars 2009, og klagenemndas saker 2008/60 premiss 29 og 2008/78 premiss 60.

- (35) I brev av 17. juni 2008 begrunner innklagede beslutningen om å avlyse konkurransen med at klager var den eneste som hadde levert tilbud i konkurransen, og at innklagede dermed ikke hadde mulighet til å vurdere klagers løsning og innholdet i tilbudet opp mot andre i markedet. Klager har anført at dette ikke er den reelle grunnen til at konkurransen ble avlyst, og har kommet med en rekke påstander om hva den reelle grunnen til avlysningen er. Disse påstandene er ikke dokumentert. Det fremgår av innklagedes registreringsprotokoll at klager var den eneste leverandøren som leverte tilbud i konkurransen., og klagenemnda legger til grunn at dette var årsaken til at konkurransen ble avlyst.
- (36) I sak C-27/98 la EF-domstolen til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud som ikke skal avvises. Domstolen begrunner dette med at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne prisene eller de øvrige elementene i de forskjellige tilbudene. Også klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud, se for eksempel klagenemndas saker 2003/75 og 2008/24. I sak 2003/75 uttalte klagenemnda at *"hensynet til effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg"*. Innklagede kan avlyse konkurransen selv om det er forhandlet med klager på forhånd jf. klagenemndas sak 2008/14 premiss 20. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (37) Klagenemnda er imidlertid av den oppfatning at innklagede burde avlyst konkurransen på et tidligere tidspunkt dersom innklagede først ville avlyse konkurransen på dette grunnlag. Innklagede forhandlet med klager over en periode på cirka fire og en halv måned, og innklagede har først ved brev av 17. juni 2008 erkjent at klagers tilbud var i overensstemmelse med kravspesifikasjonen. Klagenemnda finner derfor at det må være i strid med kravet til god forretningsskikk i lovens § 5, og forskriftens § 3-1 (6) at innklagede ikke avlyste konkurransen på dette grunnlag på et tidligere tidspunkt.

Erstatning

- (38) Etter klagenemndsforordningen § 12 skal ikke klagenemnda uttale seg om rettsvirkninger av regelbrudd., men kan, når den finner grunn til det, likevel uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning anses oppfylt.
- (39) Selv om det foreligger en saklig grunn til å avlyse konkurransen kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig, jf. Rt. 2001 s. 473 og klagenemndas sak 2008/60 premiss 33 og 34. I sak 2008/60 premiss 34 uttalte klagenemnda at *"hvis det på avgjørelsestidspunktet objektivt sett foreligger en saklig grunn kan konkurransen avlyses, men etter omstendighetene vil det likevel kunne foreligge grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse"*, og at *"ut fra kravet til god forretningsskikk i lovens § 5, jf. lovens § 10, vil det kunne være tilfelle der anskaffelse ikke skulle vært igangsatt, eller avlyst på et tidligere tidspunkt."* Samme norm er uttrykt på en litt annen måte i Borgarting lagmannsretts dom av 30. mars 2009.
- (40) Som det fremgår av premiss 37 har innklagede i dette tilfellet brutt kravet til god forretningsskikk ved ikke å avlyse konkurransen på et tidligere tidspunkt. I stedet har innklagede i lang tid forhandlet med klager om innholdet i tilbudet. Klager har således brukt ressurser på å forhandle med innklagede etter det tidspunkt hvor konkurransen

skulle vært avlyst. Klagenemnda antar derfor at vilkårene for å kreve erstatning for utgifter pådratt etter at konkurransen skulle vært avvist kan være oppfylt.

- (41) På grunn av sakens resultat finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Kollektivtransportproduksjon AS har brutt kravet til god forretningskikk i lovens § 5, og forskriftens § 3-1 (7) ved å avlyse konkurransen for sent.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
16. juni 2009



Morten Goller