



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Advokatfirmaet Hammervoll Pind DA
Postboks 343 Sentrum
5804 BERGEN
Norge
Linda Gåsvær Hansen

Deres ref.:

Vår ref.: 2018/0478-13

Saksbehandler: Peter Aadland

Dato: 29.11.2019

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

AF Offshore AeronMollier AS (heretter *klager*) innga 8. november 2018 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser på Flekkefjord kommune (heretter *innklagede*). Klagen gjaldt innklagedes beslutning om å avlyse en åpen anbudskonkurranse vedrørende utskiftning av et ventilasjonsanlegg i Ueneshallen.

Sakens bakgrunn

Klager mener det ikke foreligger saklig grunn til avlysning av konkurransen. Dårlig planlegging eller forarbeid, er forhold på oppdragsgivers side som kunne ha vært forutsett og unngått, og kvalifiserer derfor ikke til saklig grunn. Klager er ellers ikke enig i at det ikke foreligger egnede tilbud. Det er for øvrig kommunen som må sannsynliggjøre at det foreligger saklig grunn for avlysning. Klager anførte også at det forelå brudd på anskaffelsesregelverket ved at det ikke var ført referat fra kontraktsmøte 17. april 2018, og ved at det ikke forelå noen anskaffelsesprotokoll.

Klagenemndssekretariatet avviste klagen 14. november 2019 med den begrunnelse at klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, siden klagen – etter sekretariatets oppfatning – klart ikke kunne føre frem, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (*klagenemndsforskriften*) § 9.

Klagenemndssekretariatet har i avvisningsvedtaket gitt en fremstilling av saken og begrunnelse for hvorfor klagen klart ikke kan føre frem.

Klager påklaget avvisningsvedtaket 18. november 2019.

Postadresse:

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no

www.klagenemndssekretariatet.no

Anførsler vedrørende klagen over avvisningsvedtaket

Klager har anført at sakens faktum ikke støtter innklagedes oppfatning, som sekretariatet har lagt til grunn, om at de innkomne tilbudene ikke var egnet til å dekke innklagedes behov. Tidspunktet for avlysningen er ellers relevant for vurderingen av om det foreligger saklig grunn.

Faktum i saken støtter ikke opp om oppfatningen av at avlysningen skyldes at det ikke forelå egnede tilbud. Saken hadde stilt seg annerledes om alle tilbud ble avvist eller om avlysningen kom på et tidligere tidspunkt.

Nemndsleders syn på saken

Avvisningsvedtaket er i rett tid påklaget til nemndsleder i samsvar med klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Nemndsleder har gått gjennom sakens dokumenter og vurdert klagers anførsler til avvisningsvedtaket, men er kommet til samme resultat som sekretariatet.

Sekretariatet har gitt en riktig fremstilling av saken, og nemndsleder kan tiltre den begrunnelsen som er gitt for avvisningen.

Nemndsleder understreker at innklagedes begrunnelse for å avlyse konkurransen var at kommunen selve mente den hadde tatt for lett på jobben, og at det var oppstått utfordringer knyttet til plass, luftmengde, eksisterende varmpumpe mv. Slike uklarheter må i seg selv i utgangspunktet være saklig grunn for å avlyse konkurransen.

Det foreligger for øvrig ingen opplysninger som tyder på at innklagede har hatt andre motiver for å avlyse konkurransen, og det er heller ikke anført noe konkret fra klagers side som tyder på dette. At bedre planlegging eller forarbeid fra innklagedes side kunne forhindre en avlysning, innebærer ikke i seg selv at avlysningen ikke var saklig.

At innklagede, i den situasjonen man var i, hadde rett til å avlyse konkurransen, underbygges – slik sekretariatet også har vist til – av Høyesteretts dom av 27. september 2019 i den såkalte Fosen-linjen-saken. Det fremgår der at det kan være saklig grunn til å avlyse en konkurranse selv om oppdragsgiver har gjort en feil, jf. premiss 85. Videre fremgår det i premiss 88 at *«[e]n slik reell rettslig usikkerhet om prosessen, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, må i seg selv kunne gi saklig grunn til å avlyse en konkurranse»*.

Nemndsleder kan ikke se at den tiden det gikk fra klager ble tildelt kontrakt, til avlysning fant sted, dvs. snaue to måneder, i denne saken innebærer at avlysningen ikke var saklig.

Innklagede har med dette hatt saklig grunn til å avlyse konkurransen i henhold til anskaffelsesforordningen § 10-4 første ledd.

Nemndsleder er enig i at klager, etter avvisningen av klagen om det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, ikke har saklig interesse i å få prøvd andre sider ved saken. Det vises til den Kofa-praksis som sekretariatet har vist til. Det forhold at det ikke er aktuelt å avgi uttalelse om vilkårene for erstatning er oppfylt, underbygger også at klager ikke har saklig interesse i å få behandlet spørsmål som mer relaterer seg til innklagedes saksbehandling.

Klagen over avvisningsvedtaket tas etter dette ikke til følge, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Dette vedtak sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Advokatfirmaet Hammervoll Pind DA	Postboks 343 Sentrum	5804 BERGEN Norge	Linda Gåsvær Hansen linda.gasvar.hansen@hammervollpind.no

Kopi til:

Advokatfirmaet Rekve, Pleym & Co DA	Postboks 520	9255 TROMSØ Norge	Kristoffer Dons Brøndbo brondbo@advrp.no
--	--------------	----------------------	---



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Advokatfirmaet Hammervoll Pind DA
Postboks 343 Sentrum
5804 BERGEN
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2018/0478-11

Saksbehandler: Tine Sæbø

Dato: 14.11.2019

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 8. november 2018 på offentlig anskaffelse av utskifting av ventilasjonsanlegg i Ueneshallen. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Flekkefjord kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 23. januar 2018 en åpen anbudskonkurranse for utskifting av ventilasjonsanlegg i Ueneshallen. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til 2 100 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2 angitt til 19. februar 2018.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1 at innklagede skulle skifte ut ventilasjonsanlegg i Ueneshallen, og at dette var ønsket utført som en totalentreprise basert på NS 8407 og Tek17. Videre fremgikk det at: «*Anleggene skal ha roterende varmeveksler med virkningsgrad over 80%, unntaket er svømmehallen, den kan ha kryssveksler.*»
- (3) Innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristens utløp, heriblant fra Hjelleseth Klima AS (Hjelleseth) og AF Offshore AeronMollier AS (heretter *klager*). Samtlige tilbud, med unntak av klagers, ble avvist fra konkurransen. Som begrunnelse for at Hjelleseth ble avvist, viste innklagde til at leverandøren ikke hadde sannsynliggjort at anlegget til svømmehallen ville ha en virkningsgrad på over 80 %.
- (4) I tilbudet fra klager fremgikk følgende:

«Pga. begrenset plass i teknisk rom så tenker vi å slå sammen anlegg nr. 1 og 4 slik at den nye sentralen får en luftmengde på totalt 21000m³/h.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Når det gjelder anlegg nr.2 til idrettshall så ser vi at en sentral på 41000 m³/h vil bli for stor i forhold til rommet. Mest pga. høyde og manglende plass til kanalføringer.

Alternativ løsning vil være å gå ned en størrelse til en sentral på 27500/30000 m³/h om kommunen kan akseptere det. [...]».

- (5) Videre fremgikk det at klager tilbød følgende anlegg som anlegg nr. 3: «*Dantherm DanX 7/14 med en luftmengde på 13000 m³/h med virkningsgrad på 73,7 %.*»
- (6) I referat fra bystyremøte 22. mars 2018 fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å tildele kontrakten til klager.
- (7) Den 17. april 2018 ble det gjennomført et møte mellom innklagede og klager. I etterkant av dette møtet var det korrespondanse mellom partene per e-post. Klager vedla da en standardtegning på Dantherm DanX 7/14 XWPS, og det ble presisert at det var denne løsningen klager tilbød. Videre fremgikk det at det var skissert et par alternative løsninger.
- (8) Etter mottak av denne tegningen, fant innklagede at klager likevel ikke oppfylte konkurransegrunnlagets krav om en virkningsgrad på 80 %. Innklagede sendte et brev til klager den 20 april 2018, der det fremgikk at de endringer klager ønsket å gjøre i sin tilbudte løsning, medførte at denne løsningen ble tilsvarende den løsningen som var tilbudt av den avviste leverandør Hjelleseeth. På denne bakgrunn, ble avvisningen av Hjelleseeth omgjort og Hjelleseeths tilbud ble evaluert opp mot klagers tilbud. Kontrakt ble deretter tildelt Hjelleseeth.
- (9) Innklagede sendte deretter et brev til klager 9. mai 2018, der det fremgikk at konkurransen var avlyst. Begrunnelsen for dette ble opplyst å være at oppdragsgiver tok for lett på oppgaven med å lyse ut konkurransen uten konsulenthjelp, og at det var oppstått utfordringer knyttet til plass, luftmengder, eksisterende varmepumpe osv., slik at innklagede ikke så seg tjent med den etterspurte løsningen.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. november 2018.

Sekretariatets vurdering:

- (11) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utskifting av ventilasjonsanlegg i Ueneshallen og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til 2 100 000 kroner ekskl. mva. 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 del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Saklig grunn til avlysning

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 10-4 ved å avlyse konkurransen uten at det forelå saklig grunn til dette. Som begrunnelse for dette viser klager til at innklagede feilaktig begrunnet avlysningen med at klager endret sitt tilbud i kontraktsmøtet.
- (13) Det er noe uklart hvorvidt innklagede faktisk mener at klager endret sitt tilbud i kontraktsmøtet, eller om innklagede først i kontraktsmøtet ble klar over hva klager faktisk tilbød. Dette er i midlertid ikke avgjørende for vurderingene i denne saken, og sekretariatet finner derfor ikke grunn for å gå nærmere inn på dette.

- (14) Av forskriften § 10-4 (1) fremgår det at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger «saklig grunn».
- (15) I HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen) premiss 86 oppsummerer Høyesterett vilkåret slik:
- «Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, jf. Rt-2007-983 SB Transport avsnitt 91, som igjen viser til kjæremålsutvalgets avgjørelse i Rt-2001-473 Concord. En totalvurdering innebærer etter mitt syn at det er rom for å ta i betraktning både subjektive og objektive omstendigheter – for å bruke NOUens terminologi – forutsatt at de er saklige. Illojale hensikter, for eksempel å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse.»*
- (16) Dette innebærer blant annet at «Det kan være «saklig grunn» til å avlyse selv om oppdragsgiverne har gjort en feil» (premiss 85). Det vil med andre ord kunne være adgang til å avlyse under henvisning til forhold innklagede burde ha forutsett. Forutsetningen er imidlertid at avlysingsgrunnen er saklig.
- (17) Innklagede har begrunnet avlysningen med at det i gjennomføringen av konkurransen viste seg at det var utfordringer knyttet til blant annet plass, luftmengder og eksisterende varmpumpe, slik at innklagede likevel ikke så seg tjent med den etterspurte løsningen.
- (18) Basert på de innkomne tilbudene har innklagede altså sett det slik, at det som ble etterspurt i konkurransen ikke var egnet til å dekke innklagedes behov. Selv om det skyldes mangler ved innklagedes forberedelse av konkurransen, finner sekretariatet at dette klart utgjør en «saklig grunn» til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 10-4 (1).
- (19) Anførselen om at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransene, avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagers øvrige anførsler

- (20) Klager anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser ved ikke å føre anskaffelsesprotokoll.
- (21) Innklagede har erkjent at dette utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket. Sekretariatet finner derfor at klager ikke har «saklig interesse» i få denne anførselen behandlet av klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (22) Når det gjelder klagers øvrige anførsler og merknader knyttet til gjennomføring av den avlyste konkurransen, herunder manglende referat fra kontraktsmøtet, uklarheter og feil i konkurransegrunnlaget, samt innklagedes evaluering av tilbudene, finner sekretariatet – i tråd med fast praksis i klagenemnda – at klager mangler «saklig interesse» i å få behandlet disse, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2009/74 og 2009/214.
- (23) Sekretariatet finner ikke grunn til å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Peter Aadland
Seniorrådgiver

Tine Sæbø
Konsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Advokatfirmaet Hammervoll Pind DA	Postboks 343 Sentrum	5804 BERGEN Norge	
Advokatfirmaet Hammervoll Pind DA	Postboks 343 Sentrum	5804 BERGEN Norge	Linda Gåsvær Hansen linda.gasvar.hansen@hammervollpind.no
Advokatfirmaet Hammervoll Pind DA	Postboks 343 Sentrum	5804 BERGEN Norge	Lars Kristian Myklebust lars.kristian.myklebust@hammervollpind.no

Kopi til:

Advokatfirmaet Rekve, Pleym & Co DA	Postboks 520	9255 TROMSØ Norge	Kristoffer Dons Brøndbo brondbo@advrp.no
Flekkefjord kommune	Kirkegaten 5	4400 FLEKKEFJORD Norge	