



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse

Innklagede gjennomførte på vegne av kommunene Fredrikstad, Hvaler, Moss og Rygge en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av husholdningssystem (IT-system) for bibliotek. Innklagede avviste vinnende leverandør som følge av klagenemndas avgjørelse i sak 2019/411. Konkurransen ble deretter avlyst. Klagenemnda fant at innklagede hadde «saklig grunn» etter forskriften § 25-4 (1) til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. desember 2019 i sak 2019/630

Klager: Bibliotek-Systemer AS

Innklaget: Fredrikstad kommune (på vegne av Fredrikstad, Hvaler, Moss og Rygge kommuner)

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Fredrikstad kommune (på vegne av Fredrikstad, Hvaler, Moss og Rygge kommuner) (heretter *innklagede*) kunngjorde 2. april 2019 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av husholdningssystem (IT-system) for bibliotek. Anskaffelsens estimerte verdi var ikke angitt i anbudsdokumentene. Tilbudsfrist var 10. mai 2019.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tildelingskriteriene var pris (30 prosent) og kvalitet (70 prosent). Videre fremgikk det at tildelingskriteriet kvalitet skulle vurderes på grunnlag av kravspesifikasjonen kapittel 9.
- (3) I kravspesifikasjonen var det gitt følgende informasjon om anskaffelsens «formål og omfang»:

«Et nytt biblioteksystem må fylle behovene moderne folke- og skolebibliotek har. Kommunene trenger en effektiv og moderne løsning for:

- Utlån og innlevering av bøker og annet materiale*
- Håndtering av reserveringer, purringer og varselmeldinger.*
- Registrering av bøker og annet materiale*
- Innkjøp av bøker og annet materiale, samt budsjettbehandling*
- Innlån og fjernlån*
- Enkel og tidsriktig tilgang til katalogen både for publikum og bibliotekets ansatte*

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

· Løsning for skolebibliotek

· Sømløs integrasjon mot andre moderne systemer folkebibliotekene benytter

· Støtte for nasjonalbibliotekets tjenester til folke- og skolebibliotek

Vi forventer at et nytt system ikke setter begrensninger for hva slags RFID-brikker, lesere for strekkoder, skrivere, utlånsautomater, løsninger for meråpent og annet teknisk utstyr vi kan benytte. Systemet må håndtere RFID-brikker, inkludert preging.

Nytt system skal være fremtidsrettet med integrasjoner mot aktuelle nasjonale og kommunale system. Det ønskes høy grad av selvbetjening og gode muligheter for tilpasninger, integrasjoner og utvidelser.»

- (4) Ett av kvalifikasjonskravene i konkurransen var at leverandørene skulle ha «*erfaring fra sammenlignbare oppdrag*».
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Bibliotek-Systemer AS (heretter *klager*) og Axiell Norge AS (heretter *valgte leverandør*).
- (6) Av tildelingsbrev av 29. mai 2019 fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Valgte leverandørs tilbudte totalpris var 6 897 836 kroner ekskl. mva., og ble tildelt 2,52 poeng for priskriteriet. Klagers totalpris var 3 945 264 kroner ekskl. mva. Klager oppnådde 10 poeng under priskriteriet.
- (7) Videre fremgikk det av tildelingsbrevet at valgte leverandør hadde oppnådd 10 poeng for hvert av underkriteriene «*funksjonelle krav*» og «*tekniske krav*» under tildelingskriteriet kvalitet. Klager oppnådde 6,7 poeng for «*funksjonelle krav*» og 6 poeng for «*tekniske krav*». Til sammen oppnådde valgte leverandør en vektet score på 7,75 poeng, og klager 7,43 vektete poeng.
- (8) Klager fremmet den 2. juli 2019 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, med påstand om at valgte leverandør måtte avvises på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og at underkriteriene til tildelingskriteriet «*kvalitet*» var ulovlige. Saken ble behandlet som prioritert sak.
- (9) Klagenemnda kom til at valgte leverandør måtte avvises, som følge av at valgte leverandør ikke hadde oppfylt kvalifikasjonskravet om dokumentert erfaring fra «*sammenlignbare oppdrag*», se klagenemndas avgjørelse i sak 2019/411.
- (10) Innklagede meddelte 23. september 2019 at konkurransen var avlyst. I Merzell stod det følgende om avlysningen:

«Basert på Klagenemndas avgjørelse 5. september 2019 i sak 2019/411 har oppdragsgiver besluttet å avlyse konkurransen. Oppdragsgiver planlegger å starte anskaffelsesprosessen for husholdningssystem for bibliotek på et senere tidspunkt.»

- (11) Klager krevde umiddelbart en ytterligere begrunnelse for avlysningen. Samme dag ga innklagede følgende begrunnelse:

«I konkurransegrunnlaget punkt 7.1, avlysning av konkurransen eller totalforkastelse, er det beskrevet at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å avlyse konkurransen eller forkaste alle tilbud, dersom det foreligger saklig grunn jf. FOA § 25-4.

Som en følge av Klagenemndas avgjørelse 5. september 2019 i sak 2019/411 har oppdragsgiver avvist Axiell Norge AS med henvisning til § 24-2, bokstav 1 a), avvisning på grunn av forhold ved leverandøren.

Oppdragsgiver sitter da igjen med kun et tilbud i konkurransen og plikter ikke å inngå kontrakt med den ene leverandøren, da hele formålet med å ha en konkurranse har feilet. Dette er saklig grunn for avlysningen.

Slik det er beskrevet i meldingen sendt via Mercell planlegger oppdragsgiver å starte ny anskaffelsesprosess for husholdningssystem for bibliotek på et senere tidspunkt. Vi håper på denne måten å sikre reell konkurranse i en ny anskaffelsesprosess.»

- (12) Saken ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 21. oktober 2019.
- (13) Innklagede har informert om at utlysning av ny kontrakt avventes til klagenemnda har behandlet saken.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. desember 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede hadde ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen. Formålet med konkurransen er ikke «forfeilet», ettersom det har vært konkurranse om kontrakten, det gjenstående tilbudet er markedsmessig, og innklagede har hatt sammenligningsgrunnlag for vurdering av tilbudet. Tilbudet er helt klart preget av at det var konkurranse, noe også prisingen indikerer.
- (16) Innklagede har handlet i strid med forskriften ved ikke å gi en tilstrekkelig god begrunnelse for avlysningen samtidig som avlysningen av konkurransen ble meddelt. Oppdragsgiver synes heller ikke å ha vurdert nærmere hva som oppnås ved avlysning og ny konkurranse, og har uansett ikke redegjort for dette i begrunnelsen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Det foreligger saklig grunn til avlysning av denne konkurransen. Fast og langvarig praksis, både fra EU-domstolen, nasjonale domstoler og Klagenemnda for offentlige anskaffelser tilsier at det foreligger saklig grunn for avlysning når det bare gjenstår ett tilbud i konkurransen. I et slikt tilfelle har konkurransen vært feilslått.
- (18) Dessuten holder ikke det gjenstående tilbudet den kvaliteten som var ønsket. Det gjenstående tilbudet møter dermed ikke innklagedes behov, og gir ytterligere grunn for avlysning.
- (19) Det bestrides at kravet til begrunnelse i meddelelse om avlysning ikke er oppfylt. Begrunnelsen som er gitt for avlysningen er tilfredsstillende. Av meddelelsen om avlysning fremgikk det at beslutningen var tatt på bakgrunn av avgjørelsen i

klagenemndas avgjørelse i sak 2019/411. Leverandørene måtte forventes å være godt kjent med både avgjørelsen og resultatet, og at det var fordi valgte leverandør måtte avvises fra konkurransen med de konsekvenser dette innebar, som begrunnet avlysningen. Etter anmodning presiserte innklagede også dette i brev den påfølgende dag. Begrunnelsen inneholdt således informasjon om den konkrete årsaken for avlysningen, og ga ved det klager tilstrekkelig informasjon til å vurdere om det ved dette forelå «saklig grunn» for å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av husholdningssystem for bibliotek som er en vareanskaffelse. 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 III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Klager har anført at innklagede handlet i strid med regelverket ved å avlyse konkurransen om anskaffelse av nytt IT-system til bibliotek.
- (22) Klager anfører også at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi en tilstrekkelig god begrunnelse for avlysningen samtidig som avlysningen av konkurransen ble meddelt. Dersom oppdragsgiver har besluttet å avlyse konkurransen, er det tilstrekkelig at oppdragsgiver informerer leverandørene om beslutningen sammen med en «kort begrunnelse», jf. forskriften § 25-4 (2).
- (23) Innklagede begrunnet avlysningen med henvisning til klagenemndas avgjørelse i sak 2019/411, der klagenemnda kom til at valgte leverandør skulle vært avvist. Selv om det ikke fremgikk eksplisitt av meldingen i Mercell, må det likevel være klart at bakgrunnen for avlysningen var at det bare gjenstod ett tilbud. Innklagede har derfor ikke brutt forskriften § 25-4 (2).
- (24) Klagenemnda vurderer i det følgende om innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen. Det følger av forskriften § 25-4 (1) at «[o]ppdragsgiveren kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn».
- (25) Om vilkåret er oppfylt, avhenger av en konkret helhetsvurdering der man tar hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med avlysningen, jf. Rt. 2001 s. 473, Rt. 2007 s. 983 og HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen-saken). I Fosen Linjen-saken stadfestet Høyesterett at det normalt ikke foreligger en plikt til å inngå kontrakt. En avlysning uten at det foreligger en saklig grunn, kan imidlertid gjøre oppdragsgiver erstatningsansvarlig. Høyesterett ga deretter følgende overordnede utgangspunkt for vurderingen av om det foreligger en saklig grunn for avlysning:

«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.»

- (26) Med dette som bakgrunn går klagenemnda over til å vurdere om avlysningen etter en totalvurdering var saklig begrunnet.
- (27) I vår sak har innklagede begrunnet avlysningen med at man kun stod igjen med ett tilbud etter at innklagede måtte avvise vinnende leverandør som følge av klagenemndas avgjørelse i sak 2019/411. Innklagede har senere utdypet at bakgrunnen for avlysningen var at *«hele formålet med å ha en konkurranse har feilet»*. Slik nemnda forstår det, er avlysningen begrunnet med manglende konkurranse, og at det gjenværende tilbudet ikke holdt den kvaliteten som innklagede ønsket og hadde behov for.
- (28) Det er lagt til grunn i praksis fra EU-domstolen at det vil kunne utgjøre en saklig grunn til å avlyse konkurransen, at det bare gjenstår ett tilbud som ikke skal avvises, jf. sak C-27/98 (Metalmeccanica) premiss 32 flg. og C-440/13 (Croce Amica) premiss 35 flg. Domstolen begrunnet dette med at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne prisene eller de andre elementene i de ulike tilbudene.
- (29) Klager har innvendt at det i denne saken rent faktisk har vært konkurranse mellom tilbydere, og at det må skilles mellom tilfeller hvor det kun har vært inngitt ett tilbud, og tilfeller hvor det gjenstår ett tilbud etter de øvrige tilbud har blitt avvist.
- (30) Spørsmålet er om disse forholdene gjør at innklagede ikke hadde *«saklig grunn»* til å avlyse konkurransen.
- (31) Klagenemnda har i en rekke saker behandlet spørsmålet om avlysning av konkurranse hvor det enten kun har vært inngitt ett tilbud, eller hvor det gjenstår ett tilbud etter øvrige leverandører har blitt avvist fra konkurransen. Klagenemnda har i disse sakene konkludert med at det foreligger saklig grunn til avlysning dersom det bare er ett gjenstående tilbud, også i tilfeller hvor det gjenstående tilbudet var *«gjennomarbeidet og markedsmessig»*, og innklagede hadde vurdert mer enn ett tilbud før konkurransen ble besluttet avlyst, se klagenemndas avgjørelser i sakene 2010/171 og 2014/40.
- (32) Bakgrunnen for at det har blitt ansett som en saklig grunn til avlysning at det bare gjenstår ett tilbud, er at det har vært manglende konkurranse om anskaffelsen. Dette gjelder ikke bare konkurranse vedrørende pris, men også konkurranse om kvalitative og tekniske sider ved leveransen. Avlysningsretten er dermed i behold dersom manglende konkurranse medfører at oppdragsgivers behov og formål med anskaffelsen ikke har blitt møtt.
- (33) I denne saken har innklagede lagt opp konkurransen slik at det i kravspesifikasjonen ble stilt flere tekniske og kvalitative evalueringskrav. Et slikt oppsett legger til rette for at både tilbydere som har produkter som i stor grad tilfredsstiller disse tekniske/kvalitative evalueringskravene, og leverandører som i mindre grad møter kravene, kan delta i konkurransen, uten at manglende oppfyllelse nødvendigvis medfører en avvisningsplikt. På denne måten kan oppdragsgiveren sikre seg konkurranse om anskaffelsen, og samtidig unngå at for mange leverandører blir utelukket fra å delta i konkurransen.
- (34) Innklagede har forklart at det gjenværende tilbudet i denne saken ikke oppfylte de kvalitative kravene som var stilt i tilstrekkelig grad, og led av innholdsmessige svakheter, som gjorde at innklagedes behov ikke ble ivaretatt. Innklagede har vist til at man anså seg

som bedre tjent med å avlyse konkurransen og gjennomføre en ny, for å sikre tilstrekkelig konkurranse om de kvalitative sidene ved leveransen.

- (35) På denne bakgrunnen finner nemnda at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Anførselen fører ikke frem.

Konklusjon:

Fredrikstad kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk