



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning.

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en fireårig rammeavtale om slamtømmingstjenester, mens det i konkurransegrunnlaget var gitt motstridende opplysninger om hvorvidt det skulle avholdes forhandlinger. Etter at forhandlinger var avholdt og kontrakten var tildelt, avlyste innklagde konkurransen på grunn av de motstridende opplysningene. Klagenemnda fant at avlysningen var ulovlig, fordi feilen ikke hadde kunnet virket inn på konkurransen, hvilket medførte at vilkåret om saklig grunn til avlysning ikke var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 20. august 2020 i sak 2020/116

Klager: Perpetuum Miljø AS

Innklaget: Fauske kommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Alf Amund Gulsvik og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Fauske kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. juli 2019 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en fireårig rammeavtale om slamtømmingstjenester i kommunene Fauske og Sørfold. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget estimert til ca. 6 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble satt til 18. september 2019.
- (2) I kunngjøringen ble det angitt at «*Type prosedyre*» var «*[k]onkurranse med forhandling*», og under konkurransegrunnlaget punkt 1.3, «*Viktige datoer*», var det opplyst at det skulle gjennomføres forhandlinger fra 20. til 25. september 2019.
- (3) På forsiden av konkurransegrunnlaget var det derimot angitt at det var en «*Åpen anbudskonkurranse*». Under punkt 6.1, «*Anskaffelsesprosedyre*», var det opplyst at kontraktstildeling ville bli foretatt etter prosedyren «*åpen anbudskonkurranse*», samt at det «*ikke [var] anledning til å forhandle*».
- (4) Tre leverandører meldte sin interesse for kontrakten, hvorav Perpetuum Miljø AS (heretter *klager*) og Stokland Bilruter AS (nå Stokland AS) leverte tilbud innen tilbudsfristen. I tråd med kunngjøringen og konkurransegrunnlaget punkt 1.3, ble det avholdt forhandlinger, som begge leverandørene deltok i.
- (5) Kontrakten ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 8 bli tildelt tilbudet med lavest pris.
- (6) Stokland Bilruter AS hadde det laveste pristilbudet før forhandlingene startet. Etter endte forhandlinger hadde derimot klager lavest tilbudspris, og den 16. oktober ble det kunngjort at rammeavtalen var tildelt klager.

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

- (7) Tildelingen ble påklaget av Stokland Bilruter AS 19. oktober 2019 med henvisning til at konkurransen ifølge konkurransegrunnlaget punkt 6.1 var en åpen tilbudskonkurranse, og at konkurransen var gjennomført i strid med dette.
- (8) Innklagde tok klagen fra Stokland Bilruter til følge, og avlyste konkurransen den 22. oktober 2019. Ifølge kunngjøringen av avlysningen i Doffin var begrunnelsen for avlysningen «*en feil i konkurransegrunnlaget*». I e-post til klager av 23. oktober 2019 kom innklagde med følgende utdypning:

«Feilen i konkurransen var at det i konkurransegrunnlaget punkt 6.1 fremgikk at konkurransen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse og ved en åpen anbudskonkurranse er det ikke tillatt med forhandlinger. I og med at det ble gjennomført forhandlinger så må derfor konkurransen avlyses.»
- (9) Konkurransen ble lyst ut på nytt 24. oktober 2019, også denne gang som en konkurranse med forhandling. I konkurransegrunnlaget var det denne gang ikke nevnt noe om åpen anbudskonkurranse.
- (10) I konkurranse nummer to hadde Stokland Bilruter AS den laveste tilbudsprisen etter endte forhandlinger, og 17. januar 2020 ble det kunngjort at rammeavtalen var tildelt Stokland Bilruter AS (heretter *valgte leverandør*). Kontrakt med valgte leverandør ble inngått kort tid etter.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 12. februar 2020.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. august 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagdes avlysning av konkurransen 22. oktober 2019 var i strid med forskriften § 25-4, da det ikke forelå «*saklig grunn*». Det vises til at motstriden ikke kan ha påvirket konkurransen på noen måte, da motstriden verken kan ha ført til at noen leverandører ble avholdt fra å delta, eller medført at konkurransen fikk noe annet utfall enn dersom feilen ikke var begått. Konkurransen ble gjennomført i tråd med kunngjøringen, og begge leverandørene som innga tilbud deltok i forhandlingene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagdes avlysning var lovlig. Det vises til at motstridende opplysninger om konkurranseform i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget er en feil som etter sin art utgjør «*saklig grunn*» til avlysning etter forskriften § 25-4. Innklagde hadde ikke bare en rett, men en plikt til å avlyse ut fra feilens art.
- (15) Subsidiært anføres det at de motstridende opplysningene hadde avgjørende betydning for hvem som vant konkurransen, og at det ikke kan utelukkes at deltakelsen i konkurransen har blitt påvirket.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en

fireårig rammeavtale om slamtømmingstjenester, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 6. millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen dermed forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (17) Klager har anført at innklagdes avlysning var i strid med forskriften § 25-4. Etter forskriften § 25-4 (1) kan oppdragsgiver avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en «saklig grunn».
- (18) Hvorvidt kravet om saklig grunn er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering, hvor det tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2001 side 473 (Concord) på side 480, som er fulgt opp i Rt. 2007 side 983 (SB transport) avsnitt 91 og HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen) avsnitt 84. I vurderingen kan det ses hen til både subjektive og objektive omstendigheter, jf. Fosen-Linjen avsnitt 86. Samtidig kan det være saklig grunn til å avlyse selv om oppdragsgiver har gjort en feil den kan bebreides for, jf. avsnitt 85. Vurderingen av om det forelå saklig grunn, må vurderes med utgangspunkt i situasjonen slik den fremsto på tidspunktet for avlysningen, uten hensyn til om oppdragsgiver kan bebreides for å ha havnet i den aktuelle situasjonen, jf. også Halvard Haukeland Fredriksen i «Høyesteretts dom i Fosen-linjen: Stor ståhei om status quo?», TfR 2020 side 319.
- (19) Det er i utgangspunktet en lav terskel for å konstatere at det foreligger «saklig grunn» til avlysning, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2017/65 (Moss Taxi AS) avsnitt 29. Terskelen er imidlertid høyere når avlysningen er skjedd etter at kontrakt er tildelt, da det stilles strengere krav desto senere i konkurransen avlysningen skjer, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sakene 2017/145 (Matvarehuset AS) avsnitt 35 og 2010/7 (Ballangen kommune) avsnitt 49.
- (20) Det som utløste avlysningen 22. oktober 2019, var at oppdragsgiver – etter at forhandlinger var gjennomført og kontrakt var tildelt – ble gjort oppmerksom på motstridende opplysninger i anskaffelsesdokumentene om hvilken konkurranseform som ville bli benyttet. I kunngjøringen var det angitt at man ville benytte en konkurranse med forhandling. Forsiden av konkurransegrunnlaget og den innledende angivelsen av prosedyreform, anga at anskaffelsen ville bli gjennomført som åpen anbudskonkurranse. Den nærmere beskrivelsen, herunder fremdriftsplanen, anga at man ville gjennomføre anskaffelsen som konkurranse med forhandling. Innklagde har vist til at man i en situasjon som denne, hvor det ble gjennomført forhandlinger til tross for at deler av konkurransegrunnlaget anga at det skulle benyttes en åpen anbudskonkurranse, hadde både rett og plikt til å avlyse konkurransen.
- (21) Oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått en feil, der feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen, og feilen har påvirket hvem som har deltatt, eller hatt betydning for utfallet av konkurransen. Høyesterett har i tillegg i Fosen-linjen avsnitt 88 uttalt at oppdragsgiver i en situasjon hvor det er uklart om det foreligger plikt til avlysning, har en rett til avlysning, altså saklig grunn, der det foreligger en reell rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, om det er gjort en feil som gir plikt til avlysning.

- (22) Dersom det foreligger motstrid mellom opplysningene i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, vil dette i utgangspunktet være i strid med prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/341, avsnitt 48 med videre henvisninger.
- (23) Det må i tillegg kreves at feilen rent faktisk kan ha virket inn på konkurransen for at avlysningen skal regnes som saklig, jf. LG-2016-133934. Uten en slik regel vil oppdragsgiver kunne peke på enhver feil i konkurransen som grunnlag for å avlyse konkurransen. Det harmonerer dårlig med hensynet til effektiv ressursbruk og hensynet til de andre berørte aktører og de legitime interesser i saken, slik de kommer til uttrykk i henholdsvis loven § 1 og NOU 2010: 2 s. 53.
- (24) Klagenemnda har tidligere uttalt seg om betydningen av motstridende opplysninger om konkurranseform. I sak 2010/233 uttales det i avsnitt 34 at:
- «Når et så sentralt moment som konkurranseformen endres, slik som i denne konkurransen, kan det ikke utelukkes at endringen kan ha påvirket hvilke tilbydere som har valgt å delta i konkurransen, eller om innholdet i de inngitte tilbudene kan ha blitt påvirket.»*
- (25) Videre uttales det i sak 2011/177 avsnitt 28 at:
- «[T]ype konkurranseform [...] vil være av helt avgjørende betydning for hvordan tilbyderne velger å inngi sine tilbud. Ved åpen anbudskonkurranse, hvor tilbudene ikke kan endres etter tilbudsfristen, vil tilbyderne typisk inngi sine beste tilbud umiddelbart. Ved konkurranse med forhandling vil tilbyderne derimot gjerne inngi tilbudene basert på muligheten av å kunne forhandle om endringer.»*
- (26) Det er riktig at motstridende opplysninger om konkurranseform er en feil som etter sin art kan ha virket inn på konkurransen. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering av omstendighetene i den enkelte saken, og hvordan og i hvilken utstrekning feilen kan ha innvirket på konkurransen.
- (27) Avgjørelsene nevnt ovenfor gjelder situasjonen der konkurransen har blitt gjennomført som en åpen anbudskonkurranse, samtidig som det i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget har blitt gitt motstridende opplysninger om det skal foretas forhandlinger. Slik det fremgår av sitatet fra sak 2011/177, avsnitt 28, vil tilbydere som leverer tilbud under forutsetning om at det skal foretas forhandlinger — ikke nødvendigvis levere sine beste tilbud umiddelbart. Dette for å ha noe å gå på i forhandlingene. Når konkurransen likevel gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse blir den villedede leverandøren avskåret fra å levere sitt beste tilbud.
- (28) I foreliggende sak har imidlertid konkurransen blitt gjennomført med forhandlinger. Alle interesserte leverandører fikk muligheten til å levere sine beste bud innen forhandlingene var omme. Etter klagenemndas oppfatning fremstår dessuten de aktuelle opplysningene om åpen anbudskonkurranse som ganske løsrevet fra resten av konkurransedokumentene. Begge leverandørene som hadde levert tilbud, deltok i forhandlingene uten innvendinger, noe som indikerer at leverandørene var innforstått med at det skulle gjennomføres forhandlinger.

- (29) Anskaffelsen ble avgjort basert på hvem som hadde den laveste prisen. Innklagede har – i sin duplikk til klagenemnda – vist til at den leverandøren som hadde den laveste prisen i det opprinnelige tilbudet, og som senere påklaget tildelingen, kan ha misforstått prosedyreformen og inngitt sitt beste tilbud fra starten av. Det kan ha gitt den andre leverandøren muligheten til å justere sin pris i forhandlingene. Innklagede har imidlertid ikke ført noe bevis for dette, hverken tidsnære bevis om situasjonen på tidspunktet for avlysning, eller etterfølgende bevis. Klagen som førte til at anskaffelsen ble avlyst, gikk på at oppdragsgiver hadde tildelt kontrakt basert på de reviderte tilbudene, og at dette var i strid med forhandlingsforbudet som gjelder for åpne anbudskonkurranser. Denne klagen gir i seg selv ingen holdepunkter for de konsekvensene som innklagede har vist til.
- (30) Det kan ikke utelukkes at motstridende opplysninger om konkurranseformen medfører at aktuelle leverandører avstår fra å delta i konkurransen. For at feilen skal ha påvirket deltakerinteressen, må en tilbyder imidlertid først ha lest kunngjøringen og deretter konkurransegrunnlaget, og basert på dette avstått fra å delta i anskaffelsen, fordi tilbyderen misforstod og trodde at konkurransen var en åpen anbudskonkurranse.
- (31) Slik saken er opplyst, vil denne vurderingen baseres på om det fremsto som tilstrekkelig klart for leverandørene at det ville bli gjennomført en konkurranse med forhandling. Innklagede har både kunngjort og gjennomført anskaffelsen som en konkurranse med forhandling. Det er imidlertid gitt motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget om konkurranseformen. Uoverensstemmelsen vedrørende konkurranseform fremgår av konkurransegrunnlaget alene.
- (32) Angivelsen av konkurranseformen som åpen anbudskonkurranse fremgår av konkurransegrunnlagets forside og under punktet om «*konkurranseform*». I konkurransegrunnlaget er det imidlertid også tatt inn en tidsplan for gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, hvor det var angitt datoer for når forhandlingene ville foregå. Dette tyder på at oppdragsgivers mening var å avholde forhandlinger. Angivelsen på forsiden av konkurransegrunnlaget og under punktet «*konkurranseform*», virker som nevnt noe løsrevet fra resten av konkurransegrunnlaget. Det fremgikk også tydelig at anskaffelsen skulle gjennomføres som en to-trinns prosess med kvalifisering først. En åpen anbudskonkurranse i del III gjennomføres i ett trinn. Dersom det skulle vært en to-trinns prosess og anbudskonkurranse, så måtte det eventuelt være en begrenset anbudskonkurranse.
- (33) Klagenemnda har derfor kommet til at det var mulig for en rimelig opplyst og normalt aktsom leverandør å forstå at konkurranseformen var konkurranse med forhandling.
- (34) Dersom en potensiell tilbyder hadde misforstått og trodde at anskaffelsen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse i stedet for en konkurranse med forhandling, må det videre forklares hvorfor det skulle ha medført at tilbyderen hadde avstått fra å delta i konkurransen. Innklagede har ikke forklart hvorfor en tilbyder bare skulle ønske å delta dersom konkurranseformen var åpen anbudskonkurranse.
- (35) Innklagede har i alle tilfelle ikke ført noe bevis for at feilen har påvirket deltakerinteressen.
- (36) Det er derimot konkrete holdepunkter for at konkurransen i dette tilfellet ville hatt samme deltakere dersom konkurransen var lyst ut som en konkurranse med forhandling uten motstridende opplysninger. Ut fra det opplyste forstår klagenemnda det slik at det kun er

en liten håndfull leverandører som de siste årene har deltatt i konkurranser om slamtømmingstjenester i det aktuelle geografiske området, fordi viktigheten av transportkostnader ved prisberegning medfører at det er svært vanskelig å konkurrere på pris uten å være etablert i området. Sett i sammenheng med at ingen nye leverandører leverte tilbud da konkurransen ble lyst ut på nytt, til tross for at konkurransen var helt lik foruten at opplysningene om åpen anbudskonkurranse var fjernet, tilsier dette at de motstridende opplysningene ikke kan ha hatt innvirkning på deltakelsen i konkurransen.

- (37) De motstridende opplysningene kan etter klagenemndas syn dermed ikke ha virket inn på verken interessen for å delta i eller utfallet av konkurransen. Det foreligger dermed ikke en plikt til avlysning. Klagenemnda kan ikke se at det foreligger en reell usikkerhet om dette og nemnda finner dermed samlet sett at årsaken til avlysningen, de motstridende opplysningene om konkurranseformen, og formålet om å sørge for at prosessen var i tråd med anskaffelsesregelverket, heller ikke utgjør en «saklig grunn» som gir rett til avlysning etter forskriften § 25-4 (1). Innklagde har ikke vist til noen andre grunner som utgjør «saklig grunn», jf. forskriften § 25-4 (1).

Konklusjon:

Fauske kommune har brutt forskriften § 25-4 (1) ved å avlyse konkurransen uten «saklig grunn».

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk