



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning

Ullensvang kommune kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale med én leverandør om levering av elektriskertjenester innen svakstrøm og lavspent strøm. Konkurransen ble avlyst. Avlysningen ble begrunnet med at materialkostnader ikke inngikk i rammeavtalen, at metoden for evaluering av pris var uklart utformet i konkurransegrunnlaget, og at disse forholdene representerte en risiko for at kommunen ikke oppnådde så gode betingelser som kommunen ellers kunne ha fått. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 6. november 2020 i sak 2020/364

Klager: Helgevold Elektro AS

Innklaget: Ullensvang kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Ullensvang kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. november 2019 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av en rammeavtale med én leverandør om levering av elektriskertjenester innen svakstrøm og lavspent strøm. Avtalens varighet var oppgitt til 48 måneder, med estimert verdi 15 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen satt til 27. november 2019.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 var anskaffelsen beskrevet slik:

«[...] Ullensvang kommune ønsker at elektriske anlegg på kommunens eiendommer skal holde høy standard, og ønsker å satse på å utvikle stabil, sikker og oppdatert infrastruktur. Dette medfører at kabler og andre elektriske komponenter må fornyes.

Nye Ullensvang kommune skal som følge av dette inngå rammeavtale med én leverandør om levering av elektriskertjenester innenfor svakstrøm og lavspent strøm. Rammeavtalen vil i stor grad knytte seg til byggeprosjekter i kommunen, og krever derfor at leverandøren planlegger og samordner arbeidet med andre leverandører på byggeprosjektene.

Rammeavtalen vil også gjelde vedlikehold på eksisterende elektriske anlegg, samt utskiftning av hele eller deler av elektriske anlegg og komponenter i anleggene. [...]».

(3) Det ble konkurrert om å levere tilbud med det beste forholdet mellom «Pris» (vektet 30 %), «Responstid» (vektet 30 %) og «Kvalitet» (vektet 40 %).

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

- (4) Priskriteriet ble bedømt på grunnlag av tilbudte timepriser. I punktet *Evalueringsmetode*, beskrev innklagede fremgangsmåten ved bedømmelsen av tildelingskriteriene, og det ble opplyst følgende om priskriteriet:

«Som grunnlag for evaluering av Pris, vil oppdragsgiver beregne en gjennomsnittstimepris basert på prisene leverandørene oppgir i SSA-R bilag 5. Tilbyderen med lavest gjennomsnittspris får 10 poeng. Poeng for de øvrige tilbyderne beregnes etter følgende formel:

(Laveste gjennomsnittspris) / (Gjennomsnittspris tilbud) x 10».

- (5) Det ble mottatt to tilbud fra henholdsvis Helgevold Elektro AS (heretter *klager*) og B Mikkelsen AS.
- (6) Etter at tilbudene var mottatt, så innklagede at det kunne være naturlig å operere med ulike timepriser for overtidsarbeid, ut fra hvilken dag og når på døgnet, overtidsarbeidet ble utført. Leverandørene fikk derfor anledning til å innføre to kategorier priser for overtidsarbeid og inngi et revidert Bilag 5 til SSA-R.
- (7) I brev 6. januar 2020 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt B Mikkelsen AS. Det fremgikk av brevet at innklagede ved bedømmelsen av priskriteriet hadde tillagt timepriser innenfor normal arbeidstid 85 % vekt og timepriser utenfor ordinær arbeidstid 15 % vekt.
- (8) I klage 7. januar 2020 påpekte klager at priskriteriet var bedømt på en annen måte enn det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Innklagede besluttet å omgjøre tildelingen og tildele kontrakt til klager, med følgende begrunnelse:

«[Innklagede] må forholde seg til evalueringsmetoden som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, og beklager at det ved opprinnelig evaluering ble brukt en metode som ikke samsvarer med det som er opplyst i konkurransegrunnlaget. Dette skyldes en misforståelse og feil fra vår side, og [innklagede] gir derfor klager medhold i klagen.»

- (9) Den nye evalueringen endret rekkefølgen på de to tilbudene. Den 23. januar 2020 ble kontrakten derfor tildelt klager.
- (10) Denne nye tildelingsbeslutningen ble påklaget av B. Mikkelsen AS.
- (11) Innklagede avlyste etter dette konkurransen 8. april 2020. Avlysningen var begrunnet i flere forhold. For det første ble det vist til at materialkostnader ikke var blitt vurdert, og at dette innebar en risiko for at tildelingskriteriene ikke var egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og at kjøp av materiell under rammeavtalen kunne representere en ulovlig direkte anskaffelse. For det andre viste innklagede til at metoden for evaluering av priskriteriet var uklart beskrevet i konkurransegrunnlaget. For det tredje viste innklagede til at disse forholdene representerte en risiko for at kommunen ikke oppnådde så gode betingelser som kommunen ellers kunne ha fått.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 7. mai 2020.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede hadde ikke «saklig grunn» til å avlyse konkurransen, og avlysningen var dermed i strid med forskriften § 10-4 (1). Som følge av at det ikke foreligger saklig grunn til å avlyse konkurransen, må innklagede signere kontrakt med klager.
- (15) Klagenemnda bes eventuelt om å uttale seg om innklagede er erstatningspliktig for klagers positive kontraktsinteresse eller som et minimum den negative kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagedes avlysning av konkurransen var saklig begrunnet og lovlig. Det er i denne saken – på samme måte som i Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-1801-A Fosen-Linjen – flere grunnlag for å avlyse konkurransen, som både hver for seg og samlet gir saklig grunn.
- (17) For det første er avlysningen saklig som følge av at materialkostnader ikke var hensyntatt i konkurransegrunnlaget, noe som innebærer en risiko for at tildelingskriteriene ikke er egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og at kjøp av materiell under rammeavtalen vil kunne representere en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede vurderte hvorvidt det var et alternativ å kjøpe materialer separat, men dette ble vurdert som lite hensiktsmessig. Dersom innklagede hadde slutført anskaffelsesprosessen, ville innklagede endt opp med en avtale man ikke hadde noen plan eller løsning for hvordan man skulle benytte.
- (18) For det andre er avlysningen saklig som følge av at fremgangsmåten ved bedømmelsen av priskriteriet var uklart utformet, og derfor ulovlig. Dette kan også medføre at det foreligger en avlysningsplikt, noe som tilsier at innklagede i det minste hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, fordi det forelå en reell rettslig usikkerhet knyttet til tildelingskriteriets lovlighet.
- (19) For det tredje foreligger det saklig grunn til å avlyse konkurransen fordi konkurransegrunnlaget la opp til en annen bedømmelse av tildelingskriteriene enn det innklagede mener at er riktig for å identifisere det beste tilbudet.
- (20) I tråd med praksis i andre saker bes klagenemnda om ikke å uttale seg om erstatningsspørsmålet. Klagers erstatningskrav kan uansett ikke føre frem.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en rammeavtale om kjøp av elektriskertjenester, og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse med CPV-kodene 45310000 («*Installasjon av elektriske ledninger og armaturer*»), 45311000 («*Arbeid i forbindelse med elektriske ledninger og armaturer*») og 45317000 («*Øvrig elektrisk installasjonsarbeid*»). Anskaffelsens verdi er anslått til 15 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (22) Klager har anført at innklagedes avlysning var i strid med forskriften § 10-4 (1). Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger en «saklig grunn».
- (23) Om det foreligger «saklig grunn» til å avlyse, avhenger av en konkret helhetsvurdering av de relevante omstendighetene på tidspunktet for avlysningen, jf Rt. 2001 side 473, Rt. 2007 side 983 og HR-2019-1801-A (*Fosen-Linjen*). I Fosen-Linjen stadfestet Høyesterett at det normalt ikke foreligger en plikt til å inngå kontrakt. En avlysning uten at det foreligger saklig grunn, kan imidlertid medføre erstatningsansvar. Høyesterett ga deretter følgende overordnede utgangspunkt for vurderingen av om det foreligger en saklig grunn for avlysning:
- «86. 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.»*
- (24) Terskelen for å konstatere at det foreligger «saklig grunn» til avlysning, er høyere når oppdragsgiver – som i vår sak – avlyser konkurransen etter kontraktstildeling, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2020/116, avsnitt 19 med videre henvisninger.
- (25) Klagenemnda bemerker at innklagede i flere av dokumentene som er fremlagt, har unntatt en del opplysninger fra innsyn. Klagenemnda forholder seg imidlertid til innklagedes opplysning om at disse ikke er relevante for saken.
- (26) Innklagede har for det første vist til at konkurransegrunnlaget ikke hensyntok materialkostnader. Dette er kostnader som etter innklagedes syn vil utgjøre en betydelig del av vederlaget, og representerte ifølge innklagede både en risiko for at tildelingskriteriene ikke var egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og at kjøp av materiell under rammeavtalen kunne representere ulovlige direkte anskaffelser.
- (27) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har redegjort for hvorfor man var avskåret fra å kjøpe disse materialene separat. Slik saken er opplyst, kan klagenemnda heller ikke se hvorfor en slik organisering skulle gjøre tildelingskriteriene i denne konkurransen uegnet, eller hvorfor innklagede skulle eksponere seg for risiko for å foreta ulovlige direkteanskaffelser. Konkurransegrunnlaget ser ut til å gjelde en konkurranse om elektrisk tjenester, og ser ikke ut til å avskjære innklagede fra å kjøpe materialer gjennom andre (kunngjorte) kontrakter. Det at innklagede eventuelt ønsket å samle tjeneste- og materialkjøp i én rammeavtale, er for øvrig et forhold innklagede eventuelt kunne og burde ha tatt stilling til før denne konkurransen ble kunngjort, og i alle fall før kontrakt ble tildelt, se til sammenligning lagmannsrettens avgjørelse i sak LH-2007-20529.
- (28) Innklagede har for det andre vist til at fremgangsmåten ved bedømmelsen av priskriteriet var ulovlig uklart utformet. Innklagede mener at dette kan tilsi at det foreligger avlysningsplikt, og at innklagede i det minste hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, fordi det forelå en reell rettslig usikkerhet knyttet til tildelingskriteriets lovlighet. I tillegg til den rettslige risikoen anfører innklagede at forholdene representerer

en risiko for at innklagede ikke oppnådde så gode betingelser som innklagede ellers kunne ha fått.

- (29) Oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått en feil, 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 har saklig grunn til å avlyse en konkurranse hvis det foreligger en reell rettslig usikkerhet om det er gjort en feil som gir plikt til avlysning.
- (30) Etter klagenemndas vurdering er det ikke uklart hvordan priskriteriet skal bedømmes i denne konkurransen. Som det er gjengitt i avsnitt 4 foran, fremgikk det av konkurransegrunnlaget at priskriteriet ville bli bedømt på bakgrunn av «*en gjennomsnittstimepris basert på prisene leverandørene oppgir i SSA-R bilag 5*». Det er ingen holdepunkter i konkurransegrunnlaget for at enhetsprisene skal vektas eller volumjusteres før tilbudets gjennomsnittspris beregnes.
- (31) Klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger noen reell rettslig usikkerhet om fremgangsmåten ved bedømmelsen av priskriteriet. Klagenemnda kan ikke se at det er noen konkrete holdepunkter for at priskriteriet skal bedømmes på en annen måte enn det som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Når en slik fremgangsmåte er presentert for leverandørene, følger det av det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet at fremgangsmåten skal følges når tilbudene evalueres. Uten at det har avgjørende betydning, bemerker klagenemnda at innklagede uten forbehold anså dette som den riktige fremgangsmåten da den opprinnelige tildelingsbeslutningen ble omgjort etter klagers klage, se gjengivelsen i avsnitt 8.
- (32) Innklagede har for det tredje anført at det foreligger saklig grunn til å avlyse fordi konkurransegrunnlaget la opp til å bedømme priskriteriet på en annen måte enn hva innklagede mener identifiserer det beste tilbudet. Dette var imidlertid ikke innklagedes begrunnelse for å avlyse konkurransen, og ble først anført sent i klagenemndas forberedelse av saken. Før dette hadde innklagede tildelt kontrakt til klager, etter å ha bedømt priskriteriet på bakgrunn av uvektede gjennomsnittspriser. Hadde innklagede ment at fremgangsmåten for å bedømme priskriteriet var uegnet, skulle konkurransen ha vært avlyst på dette tidspunktet. Isteden konkluderte innklagede med at klagers tilbud var det beste, og var innstilt på å inngå kontrakt med klager. Klagenemnda finner det etter dette ikke godt gjort at priskriteriet var uegnet.
- (33) Slik saken er opplyst, finner klagenemnda etter dette at innklagede ikke hadde «*saklig grunn*» til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 10-4 (1). Avlysningen innebærer følgelig et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.
- (34) Spørsmålet om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, avhenger av en bred vurdering av flere forhold ut over spørsmålet om innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Et vilkår for erstatningsansvar er at bruddet på regelverket er tilstrekkelig kvalifisert. Det er ikke uten videre opplagt at dette vilkåret er tilfredsstillt selv om konkurransen er avlyst uten saklig grunn. I tillegg må det vurderes om det foreligger et erstatningsrettslig vernet tap og adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlag og økonomisk tap. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

Ullensvang kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen uten at det forelå saklig grunn.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad.

Dokumentet er godkjent elektronisk