



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om håndverkertjenester til Agder fylkeskommune. Innklagede avlyste konkurransen for delkontraktene «Ventilasjon og blikk» og «Varmepumpe og kjøling», fordi service ved en feiltakelse ikke var inntatt i disse delkontraktene i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom til at dette ikke utgjorde en saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 6. november 2020 i sak 2020/723

Klager: Ventec AS

Innklaget: Agder fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Agder fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. mai 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om håndverkertjenester til Agder fylkeskommune. Tilbudsfristen var 16. juni 2020.
- (2) Anskaffelsen var delt inn i delkontrakter etter sju fagområder og åtte regioner. Rammeavtalene skulle ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i inntil ytterligere to år, til sammen maksimalt fire år. Estimert årlig omfang samlet for alle fagområder og alle regioner utgjorde om lag 14 millioner kroner ekskl. mva.
- (3) Denne saken dreier seg om to av delkontraktene, henholdsvis håndverkertjenester innenfor fagområdene «Varmepumpe og kjøling» og «Ventilasjon og blikk». For hvert av disse fagområdene var den årlige verdien estimert til 1 million kroner.
- (4) Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende om anskaffelsens formål og innhold:

«Anskaffelsens innhold er tjenester som beskrevet ovenfor og vil omfatte reparasjoner, vedlikehold, ombygninger og nybygg. Serviceavtaler er ikke innbefattet i denne anskaffelsen, men inngås for hver enkel virksomhet. I tilknytning til arbeidene vil det også inngå materialer som trengs til de ulike operasjoner. Unntak vil gjelde i de tilfeller oppdragsgiveren selv fremskaffer varer/materialer til arbeidet. Avtalen omfatter også mindre tilstøtende arbeider og arbeid som hører naturlig under fagområdet.

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å ikke benytte seg av rammeavtaleleverandør ved større arbeid ved byggeprosjekter og/eller spesielle oppdrag dersom

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

avtaleleverandør ikke er i stand til å møte oppdragsgivers behov. Som større arbeider regnes enkeltoppdrag med kostnadsramme som NOK 250.000,- ekskl. mva.»

- (5) I samme punkt ble det opplyst at fagområde «*Ventilasjon og blikk*» omfattet «*[v]entilasjonsarbeid, service og blikkenslagerarbeid. Gjelder ikke leveranse av filter*», mens fagområde «*Varmepumper/Kjøling*» omfattet «*[s]ervice, vedlikehold, nyanskaffelser. (kjøling er hovedsakelig på storkjøkken)*».
- (6) Det ble konkurrert om å levere tilbudene med lavest pris i hver delkontrakt. Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra seks leverandører for delkontrakt «*Varmepumper og kjøling*», region 1 til og med 8, herunder fra Agder Ventilasjon AS og Ventec AS (heretter *klager*). Agder Ventilasjon AS hadde lavest pris for samtlige regioner og ble derfor tildelt kontrakten. For delkontrakt «*Ventilasjon og blikk*» mottok innklagede tilbud fra åtte leverandører for region 1 til og med 8. Klager hadde lavest totalpris for region 3 til og med 8 og ble derfor tildelt disse kontraktene.
- (7) Omlag halvannen måned etter disse tildelingene, avlyste innklagede konkurransen for «*Ventilasjon og blikk*» og «*Varmepumpe og kjøling*». Innklagede ga følgende begrunnelse for avlysningen:

«Konkurransene på fagområdene «Varmepumpe og kjøling» og «Ventilasjon og blikk» avlyses, jf. anskaffelsesforskriften § 25-4(1). Begrunnelse for avlysning er at det ikke ble tatt med i utlyst konkurranse tilbud på serviceavtaler. Serviceavtaler er en viktig del av disse anskaffelsene og det er uhensiktsmessig å inngå serviceavtaler i en egen konkurranse. Ny utlysning som inkluderer serviceavtaler vil bli lyst ut uten ugrunnet opphold. For de tilbydere som deltok i denne avlyste konkurransen vil det ikke kreves å sende inn kvalifikasjonsdokumentasjon på nytt.»
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage 29. september 2020.
- (9) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Klager anfører at innklagede ikke har saklig grunn for å avlyse konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 25-4 første ledd. Innklagede har begrunnet avlysningen med at serviceavtaler ved en feil ble utelatt fra disse rammeavtalene. I konkurransegrunnlaget hadde imidlertid innklagede spesifikt bemerket at serviceavtaler ikke inngår i konkurransen. Innklagede har dermed tatt klart stilling til at serviceavtaler ikke skal inngå, og det foreligger ikke grunnlag for å hevde at en har glemte å ta med serviceavtaler i rammeavtalene.
- (12) Det er ikke noen forretningsmessige hensyn som er grunnlag for avlysning, men kun en endret preferanse hos fylkets administrasjon. Det er heller ikke saklig grunn til avlysning at oppdragsgiver, basert på tidligere erfaringer, anser det viktig at service-, vedlikehold og rehabilitering samles under en og samme avtale. Klager viser til at både tidligere Aust-

Agder fylkeskommune og Vest-Agder fylkeskommune hadde ulike rammeavtaler for håndverkertjenester og service. Det foreligger dermed ingen «*tidligere erfaringer*» som tilsier at det er viktig at de ulike tjenestene samles under samme rammeavtale.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det er lav terskel for at det skal anses å foreligge saklig grunn for avlysning av konkurranse. Det er uomtvistet at en feil fra oppdragsgiver side kan utgjøre saklig grunn for avlysning. Dersom oppdragsgivere ved slike feil skulle være tvunget til å gjennomføre konkurranser som ikke er hensiktsmessig for å møte behovet, ville det vært i strid med anskaffelsesloven § 1.
- (14) Klager hevder at avlysningen kun skyldes en endret preferanse fra innklagedes side. Dette er ikke riktig. Det var fra fylkeskommunens side meningen at service skulle være en del av rammeavtalene knyttet til «*Ventilasjon og blikk*» og «*Varmepumper/kjøling*». I konkurransegrunnlaget som gjelder for en rekke områder, ble dette imidlertid ikke fanget opp. Årsaken til at formuleringen «*[s]erviceavtaler er ikke innbefattet i denne anskaffelsen*» står i konkurransegrunnlaget var dermed at formuleringen gjelder for de fleste av rammeavtalene, men skulle ikke gjelde for de to delkontraktene som ble avlyst. Servicetjenester var dermed ment at skulle inkluderes for disse to delområdene. Det ble likevel glemt å ta høyde for servicedelen for disse delområdene ved utarbeidelse av kravspesifikasjon med videre.
- (15) Innklagedes vurdering av hvordan det er hensiktsmessig å organisere avtaleforholdene ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn og kan ikke overprøves av klagenemnda. Avgjørende i denne saken er at innklagede ønsker å ha en felles rammeavtale for disse områdene. Når det ved en feil ikke ble inkludert service for disse to fagområdene i konkurransen er dette dermed tilstrekkelig til at det foreligger saklig grunn til å avlyse konkurransen.

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 inngåelse av rammeavtale om håndverkertjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens estimerte årlige omfang samlet for alle fagområder og alle regioner utgjør om lag 14 millioner 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (17) Det følger av forskriften § 25-4 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger en «*saklig grunn*».
- (18) 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-saken*). I Fosen-Linjen-saken 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.
- (19) I Rt. 2001 side 473 og i Rt. 2007 side 983 har Høyesterett lagt til grunn at det skal foretas en samlet vurdering av om det foreligger en *saklig grunn*, og at det ikke kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal skje. Det er tilstrekkelig

at avlysningen av konkurransen hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering fra oppdragsgivers side.

- (20) Terskelen for å konstatere at det foreligger «saklig grunn» til avlysning, er imidlertid høyere når oppdragsgiver – som i vår sak – avlyser konkurransen etter kontraktstildeling. Dette er lagt til grunn av lagmannsretten i flere saker, blant annet LG-2016-133934 og LF-2018-82338. Det følger for så vidt også av prinsippet bak begrensningene i oppdragsgivers adgang til å omgjøre en beslutning om valg av leverandør, se forskriften § 25-1 (4).
- (21) Innklagede har vist til at konkurransen ble avlyst som følge av at innklagede ved en feil hadde unnlatt å inkludere service i delkontraktene «*Ventilasjon og blikk*» og «*Varmepumpe/kjøling*». Innklagede har videre vist til at det vil være uhensiktsmessig å inngå en separat kontrakt om serviceavtaler, og at det vil gi en bedre tilfredsstillelse av oppdragsgivers behov å inngå samlede kontrakter for både håndverkertjenester og serviceavtaler.
- (22) I konkurransegrunnlaget står det at «*Serviceavtaler er ikke innbefattet i denne anskaffelsen, men inngås for hver enkel virksomhet.*» Klagenemnda er enig med klager i at innklagede med dette ser ut til å ha tatt uttrykkelig stilling til at service ikke skulle inngå i den etterspurte leveransen. Ved beskrivelsen av hva disse delkontraktene skulle omfatte, var «*service*» riktignok nevnt. Anskaffelsesdokumentene inneholder imidlertid ikke noen nærmere beskrivelse av – eller vilkår for – slike serviceavtaler.
- (23) Avlysningen er begrunnet med at innklagede ønsket å samle tjeneste- og serviceavtale i én rammeavtale, mens konkurransen ikke omfattet serviceavtaler. Dette er imidlertid et forhold innklagede kunne og burde ha tatt stilling til før konkurransen ble kunngjort, og i alle fall før kontrakter ble tildelt, se til sammenligning lagmannsrettens avgjørelse i sak LH-2007-20529.
- (24) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet frem til at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn, jf. forskriften § 25-4 (1).
- (25) Regelbruddet kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Agder fylkeskommune 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

