



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avlysning

*Arendal kommune kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for rehabilitering av skøytebane. Konkurransen ble avlyst etter kontraktstildeling som følge av manglende budsjett, da innklagede i etterkant av tildelingen fant at budsjettet i realiteten var lavere enn det innklagede hadde lagt til grunn i gjennomføringen av konkurransen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.*

### **Klagenemndas avgjørelse 7. desember 2023 i sak 2023/451**

**Klager:** Landskapsentreprenørene AS

**Innklaget:** Arendal kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Sverre Nyhus, Wenche Sædal og Hanne S. Torkelsen

#### **Bakgrunn:**

- (1) Arendal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. desember 2022 en åpen tilbudskonkurranse for rehabilitering av skøytebane. Tilbudsfrist var 31. januar 2023.
- (2) I forkant av kunngjøringen hadde innklagede fått et konsulentfirma til å utarbeide kostnadsoverslag for prosjektet. Overslaget viser at man beregnet 8 470 000 kroner til «Konsulentbistand, administrasjon, diverse», og 27 500 000 kroner til øvrige arbeider. Totalt overslag var 35 970 000 kroner ekskl. mva.
- (3) I vedtak 15. desember 2022 besluttet innklagedes bystyre å sette av 45 millioner kroner til rehabilitering av skøytebanen. Vedtaket bygget på kommunedirektørens forslag til «*Handlings- og økonomiplan 2023-2026.*»
- (4) Det fulgte av det kunngjorte konkurransegrunnlaget punkt 1.3 «*Anskaffelsens verdi og innhold*», at kontraktens estimerte verdi var 45 millioner kroner ekskl. mva. Det var videre presisert at summen var et estimat, og at «*[d]ersom tilbudene er høyere enn budsjettet, eller at oppdragsgivers behov endres på grunn av politiske eller regulative forhold, kan konkurransen avlyses*».
- (5) I endringsmelding 5. januar 2023, opplyste innklagede at oppgitt estimert kontraktsverdi på 45 millioner kroner var inkl. mva., og at estimert beløp ekskl. mva. var 36 millioner kroner.
- (6) Seks leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Landskapsentreprenørene AS (heretter *klager*).
- (7) Klager leverte et tilbud på 29 869 292 kroner ekskl. mva. I melding 1. mars 2023, opplyste innklagede klager om at de var tildelt kontrakten.

**Postadresse:**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 [post@knse.no](mailto:post@knse.no)

(8) Innklagede avlyste konkurransen 25. april 2023, med følgende begrunnelse:

*«Da samtlige tilbud overstiger budsjettet for dette prosjektet, og det ikke foreligger nødvendige politiske godkjenninger, ser vi oss beklageligvis nødt til å avlyse konkurransen jfr. Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-4 og konkurransegrunnlagets punkt 1.3»*

(9) I brev 5. mai 2023 fremmet klager krav om erstatning mot innklagede, med grunnlag i at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Innklagede avslo kravet i brev 19. juni 2023.

(10) I bystyremøte 31. august 2023, vedtok innklagedes bystyre en tilleggsbevilgning på 7 500 000 kroner til prosjektet.

(11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. juni 2023.

(12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. november 2023.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

(13) Klagers tilbudspris overstiger ikke det oppgitte budsjettet/kontraktsverdien. Det foreligger derfor ikke saklig grunn for å avlyse konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 10-4. Avlysningen utgjør dermed et brudd på regelverket, og det foreligger grunnlag for klager til å kreve dekket hele fortjenestetapet.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

(14) Det forelå saklig grunn for avlysning av konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 10-4. Det foreligger ikke grunnlag for erstatning.

#### **Klagenemndas vurdering:**

(15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering av en kunstisbane som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlagets punkt 3.1 estimert til kroner 45 millioner kroner ekskl. mva. Dette ble i en endringsmelding rettet til 36 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

(16) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.

(17) Det følger av anskaffelsesforskriften § 10-4 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger «saklig grunn».

(18) Om det foreligger «saklig grunn» til å avlyse, avhenger av en konkret helhetsvurdering av de relevante omstendighetene på tidspunktet for avlysning, jf. blant annet HR-2019-1801-A (*Fosen-Linjen*), hvor det uttales:

*«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.»*

- (19) Vurderingen av om det foreligger «saklig grunn», må ta utgangspunkt i situasjonen slik den fremstod 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 s. 319. Se også klagenemndas avgjørelse i sak 2020/116 avsnitt 18.
- (20) Det er i utgangspunktet lav terskel for å konstatere at det foreligger «saklig grunn» til avlysning, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/116 avsnitt 19. Terskelen kan være noe høyere etter kontraktstildeling, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2020/364 avsnitt 24 og 2020/116 avsnitt 19 med videre henvisninger.
- (21) Klager har anført at avlysningen ikke er saklig, da deres tilbudspris ikke oversteg det oppgitte budsjettet i konkurransegrunnlaget.
- (22) Økonomiske og andre forretningsmessige hensyn må normalt anses som en saklig grunn til avlysning, jf. Rt. 2001 s. 473 (Concord II) og klagenemndas avgjørelse i sak 2015/39 avsnitt 39 med videre henvisninger. For eksempel, vil det normalt være saklig grunn til avlysning dersom tilbudsprisene overstiger en på forhånd fastsatt budsjетtramme, se NOU 2014: 4 side 245. Forutsetningen er at de forretningsmessige og økonomiske hensynene hviler på en forsvarlig vurdering, jf. Rt-2007-983 (SB Transport) avsnitt 93.
- (23) Det sentrale for vurderingen blir da om avlysningen bygger på en på forhånd fastsatt budsjетtramme, og om denne hviler på en forsvarlig vurdering.
- (24) Innklagedes opprinnelige estimat på 45 millioner kroner var basert på et budsjett fastsatt i forkant av konkurransen. Estimater ble i løpet av konkurransen redusert til 36 millioner kroner ekskl. mva. som følge av at det opprinnelige estimatet var oppgitt å være ekskl. mva. mens det i budsjettet var oppgitt inkl. mva.
- (25) Innklagede har forklart at budsjettet på 36 millioner kroner i realiteten ikke bare omfattet kontraktsverdien for kun dette arbeidet, men for hele prosjektet, inkludert konsulentbistand, administrasjon, øvrige arbeider og forventet tillegg.
- (26) Slik klagenemnda forstår saken, var altså ikke hele budsjettet på 36 millioner kroner ekskl. mva. holdt av til gjennomføringen av prosjektet som anskaffelsen omfattet. Kategorien «konsulentbistand, administrasjon, diverse» på 8,47 millioner kroner gjelder ikke arbeid omfattet av herværende kontrakt. Dette gir et reelt budsjett for kontraktsarbeidene konkurransen gjelder på ca. 27,5 millioner kroner.
- (27) Klager har vist til en rekke vedtak om bevilgninger i saken for å underbygge påstanden om at tilbudet ikke var over budsjett. Det er blant annet vist til et vedtak fra bystyret datert 31. august 2023, hvor det ble vedtatt en tilleggsbevilgning på 7,5 millioner kroner til prosjektet. Tilleggsbevilgningen ble vedtatt flere måneder etter avlysningen fant sted, og kan derfor ikke få betydning for vurderingen av om det forelå saklig grunn til avlysning.

Klagenemnda har ikke faktisk grunnlag for å ta stilling til om tilleggsbevillingen eventuelt kunne blitt vedtatt tidligere.

- (28) Det fremstår etter dette som klart for klagenemnda at det forelå et budsjett på ca. 27,5 millioner kroner ekskl. mva. for kontraktsarbeidene. Budsjettet er lavere enn prisen til vinnende tilbyder på 29 869 292 kroner ekskl. mva. Det foreligger ikke holdepunkter for at budsjettet ikke bygget på en forsvarlig vurdering fra innklagedes side.
- (29) Slik saken er opplyst forelå det på avlysningstidspunktet ikke tilstrekkelige midler til å gjennomføre prosjektet. Manglende budsjettdekning vil være saklig grunn for avlysning. Nemnda bemerker imidlertid at innklagede selv har satt seg i en situasjon der det var innhentet tilbud som var over det reelle budsjettet.
- (30) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagedes avlysning av konkurransen var saklig begrunnet. Klagers anførsel har etter dette ikke ført frem.

#### *Spørsmålet om erstatning*

- (31) I tråd med klagenemndas praksis vil ikke spørsmålet om erstatning bli behandlet. Det vises her til at klagenemnda kun har en rett, men ingen plikt til å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 (2).

#### **Konklusjon:**

Arendal kommune har ikke brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Wenche Sædal

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*