



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/Totalforkastelse, Avvisning av tilbud

Bergen kommune hadde kunngjort en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av ventilasjon med romaggregater og sentralisert ventilasjonsanlegg ved Nygårdslien skole. Konkurransen ble avlyst etter at klager hadde blitt tildelt kontrakt. Klagenemnda kom til at Bergen kommune ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 21. august 2024 i sak 2024/0321

Klager: Ingeniørfirmaet R. Torgersen AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik, Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune v/ Etat for bygg og eiendom (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. november 2023 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av ventilasjon med romaggregater og sentralisert ventilasjonsanlegg ved Nygårdslien skole. Anskaffelsens totale verdi var estimert til å være 3 millioner kroner. Tilbudsfristen var 7. desember 2023.
- (2) Konkurransen hadde tre tildelingskriterier; pris, teknisk kvalitet og fremdrift. Pris skulle vektas med 40 prosent. Teknisk kvalitet og fremdrift ble vektet med henholdsvis 40 prosent og 20 prosent.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 fremgikk det at det var «*adgang til å ta forbehold eller ha avvik dersom de ikke [var] vesentlige*». Eventuelle forbehold og avvik måtte angis klart og entydig i tilbudet. Forbehold og avvik som ikke lot seg kostnadsberegne, skulle avvises.
- (4) Det var i konkurransegrunnlaget vedlagt en nærmere beskrivelse av krav til anskaffelsen (heretter *kravspesifikasjon*). I kravspesifikasjonen punkt 30.4 fremgikk det blant annet:
«Der hvor det i konkurransegrunnlaget er oppgitt dimensjoner, ytelser, kapasiteter mm., skal entreprenør anse dette som veiledende og må selv kontrollere dette i detaljprosjekteringen»
- (5) I kravspesifikasjonen punkt 36.5.1 fremgikk det at leverandørene måtte benytte prefabrikkerte ventilasjonsaggregater testet på fabrikk. De skulle ha «*El. Varmebatteri, integrert automatikk, stengespjeld med fjær på inntak og avkast, CO2-føler, varmegjenvinner og filter på inntak/avtrekk*».
- (6) Videre var det beskrevet i kravspesifikasjonen punkt 36.5.2:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

«3.36.5.2 Filter

Filter iht. NS-EN ISO 16890, minimum klasse:

Tilluft: ePM1 60%

Avtrekk ePM1 50%»

- (7) Det var oppstilt krav til dokumentasjon i kravspesifikasjonen punkt 30.2:

«Det skal legges ved en liste over tilbudt utstyr sammen med tilbudet, minst:

- *Aggregattype med dokumentasjon på lyddata.*
 - *Lydeffektnivå Lw oppdelt på oktavbånd til kanal, sugeside og trykkside.*
 - *Lydeffektnivå Lw oppdelt på oktavbånd til omgivelsene.*
- *Spesifiser type inntaksrist, datablad og størrelse.»*

- (8) I tilbudsskjemaet punkt ni skulle leverandørene besvare følgende:

«Tilbyder bekrefter å utføre oppdraget i samsvar med byggherrens tekniske funksjonsbeskrivelse med tilhørende dokumentasjon, samt øvrige konkurransedokumenter.

Eventuelle avvik/forbehold/endringer må fremgå i sin helhet av tilbudsbrevet under eget avsnitt med overskriften «Avvik/forbehold/endringer».

- (9) Innen tilbudsfristens utløp hadde tre leverandører levert tilbud, herunder Ingeniørfirmaet R. Torgersen (heretter *klager*) og Østensen Eftf AS. For å besvare forespørselen om dokumentasjon i kravspesifikasjon punkt 30.2, hadde klager vedlagt «*Datablad AM 1000*» utarbeidet av produsenten Airmaster. I databladet var «*Tilluftsfilter*» beskrevet slik: «*ePM₁₀ 50%, ePM₁ 55% eller ePM₁ 80%*». Avtrekksfilter var beskrevet slik: «*ePM₁₀ 50%*».
- (10) Klager hadde svart ja på tilbudsskjemaets punkt ni, som bekreftelse på at de ville utføre oppdraget i samsvar med byggherrens tekniske funksjonsbeskrivelse.
- (11) I brev 22. desember tildelte innklagede kontrakten til klager. Det fremgikk av tildelingsbrevet at ett av de tre innkomne tilbudene hadde blitt avvist. Klager og Østensen Eftf AS hadde begge fått full poengmessig uttelling på tildelingskriteriet «*Teknisk kvalitet*».
- (12) Den 29. januar 2024 meddelte innklagede at konkurransen hadde blitt avlyst. Begrunnelsen var angitt slik:

«Viser til følgende tilbudskonkurranse, EBE 31 - 2023 Nygårdslie Skole – Ventilasjon. Vi har blitt gjort oppmerksom på at kravene stilt i denne tilbudskonkurransen var for strenge, noe som har vist seg i at ingen av de innkommende tilbudene klarer å oppfylle kravene.

Dette gjelder spesielt krav på tillufts- og fraluftsfilter sammen med kapasitetskravet på mengde m³/h per rom jf kravene til dette i funksjonsbeskrivelsen. Dette medfører dermed at vi må avlyse tilbudskonkurransen, jf. Forskrift om offentlige anskaffelser §10-4 (1).

Ny tilbudskonkurranse vil bli kunngjort i løpet av kort tid, hvor kravene vil bli tilpasset hva markedet kan tilby. Oppdragsgiver håper at alle leverandørene som deltok i denne tilbudskonkurransen ønsker å inngi et nytt tilbud i kommende tilbudskonkurranse.»

- (13) Klager påklagde avlysningsbeslutningen 5. februar 2024. Innklagede opprettholdt avlysningen i vedtak av 14. februar 2024.
- (14) Saken ble klaget inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. mars 2024.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. august 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Det forelå ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (17) Klager ble tildelt kontrakten, og tilbudet inneholdt ingen avvik. Det var dermed feil av innklagede å legge til grunn at kravspesifikasjonen var for strengt utformet. Selv om det i tilbudet fremgikk filterklasse ePM10 50% i databladet, og ikke EPM1 50% som forespurt, må det legges avgjørende vekt på at det i selve tilbudet var sagt uttrykkelig at det ikke var noen avvik fra de tekniske kravene. Det kan ikke da legges til grunn at det vil tilbys et annet filter. Klager vil være rettslig forpliktet til å levere i henhold til de kravene som var satt.
- (18) Under enhver omstendighet er dette en tilbudskonkurranse, hvor dette enkelt kunne vært avklart med leverandør. Dette gjelder i hvert fall når avvisningen og avlysningen skjer etter at kontrakten ble tildelt og karenperioden er gått ut.
- (19) Kravene var ikke for strenge, og innklagede har ikke underbygget hvorfor kravene kan ha påvirket deltakelsen i konkurransen. Innklagede har bevisbyrden for dette. Konkurranses grunnlaget ble utarbeidet med bistand fra Norconsult AS, og det er benyttet profesjonell hjelp ved utarbeidelse av kravspesifikasjonene. Kravene som var satt opp var ikke vilkårlige, men gjennomtenkte. Det kan dermed ikke være nok med en ren påstand fra innklagede om at kravene var for strenge.
- (20) Klager har krav på erstatning for den urettmessige avlysningen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det forelå saklig grunn for å avlyse konkurransen. Det var stilt strengere krav til filterklasser enn det som var hensiktsmessig.
- (22) At kravene var for strenge viste seg ved at ingen av leverandørene hadde klart å oppfylle kravet. Innklagede oppdaget først etter tildeling at klagers tilbud inneholdt et avvik knyttet til tilbudt avtrekksfilter og tilluftsfilter. Klager tilbød avtrekksfilter ePM10 50%. Minimumskravet var ePM1 50%. Tilbudet var derfor ikke i henhold til minimumskravet på avtrekksfilter i kravspesifikasjonen. Det var også stilt krav om at tilluftsfilter skulle være minimum ePM1 60%, som gjør at det eneste tilgjengelige alternativet som fremkommet i tilbudet vil være filterklasse ePM1 80%. Med filteret ePM1 80% oppnår ikke klager verdiene satt på mengder m³/h for flere rom i funksjonsbeskrivelsen ut ifra innlevert datablad for tilbudt aggregat.

- (23) Siden klagers tilbud inneholdt avvik, så ikke innklagede andre muligheter enn å avlyse konkurransen, da det ikke lenger ville være gjenstående tilbud. Kravene som var stilt i konkurransen til filterklasser var strengere enn det som var nødvendig og det kan ikke utelukkes at de strenge kravene har påvirket deltakerinteressen. Disse forholdene gjør at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. Avlysningen var dermed rettmessig.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av ventilasjon. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 3 millioner. 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.
- (25) Klagenemnda skal ta stilling til hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.
- (26) Det følger av anskaffelsesforskriften § 10-4 (1) at oppdragsgiver «*kan*» avlyse konkurransen dersom det foreligger en «*saklig grunn*». Hvorvidt kravet om saklig grunn er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering av omstendighetene på tidspunktet for avlysningen. Det skal blant annet legges vekt på når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som ligger til grunn for avlysning og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå, jf. HR-2019-1801-A (*Fosen-Linjen*) avsnitt 84 flg.
- (27) 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.
- (28) Selv om det beror på en konkret helhetsvurdering om det foreligger saklig grunn til avlysning, er terskelen for at det foreligger saklig grunn generelt sett lav der avlysningen er begrunnet ut fra oppdragsgivers behov. I Eidsivating lagmannsrett sin kjennelse i LE-2021-185098, uttalte retten blant annet følgende:
- «Det er i utgangspunktet en lav terskel for at det foreligger saklig grunn til å avlyse en konkurranse, jf. Dragsten, Anskaffelsesforskriften, Kommentarutgave, Juridika, bekreftet à jour pr 1. september 2019, avsnitt 4.1 til § 25-4. Det avgjørende er at avlysningen hviler på fullt ut forsvarlige vurderinger».*
- (29) Terskelen er imidlertid noe høyere etter kontraktstildeling, jf. blant annet LF-2018-82338.
- (30) Innklagede har angitt to årsaker til at anskaffelsen ble avsluttet uten inngåelse av kontrakt. Den første var at alle tilbud skulle vært avvist, slik at det ikke forelå noen gyldige tilbud å inngå kontrakt om. Den andre var at man etter tildelingen og klagen innså at kravspesifikasjonen punkt 3.36.5.2 om filterklasser, herunder tilluft «*ePMI 60%*» og avtrekk «*ePMI 50%*» var for strengt utformet, og at det potensielt kunne ha påvirket deltakerinteressen slik at man hadde fått færre tilbud enn man kunne ha fått.
- (31) Klagenemnda tar først stilling til om det forelå plikt til å avvise begge de to inngitte tilbudene. Ved begge tilbudene var det vedlagt datablad som beskrev tilluftsfilteret slik:

«*ePM₁₀ 50%, ePM₁ 55% eller ePM₁ 80%*». Avtrekksfilter var beskrevet slik: «*ePM₁₀ 50%*». Kravet til filterklasser var et minimumskrav. Ingen av tilbudene oppfylte kravene til filterklasse. At valgte leverandør hadde skrevet i tilbudsbrevet at tilbudet ikke inneholdt avvik er irrelevant når det innleverte databladet viser at kravet ikke var oppfylt.

- (32) Det foreligger plikt til å avvise et tilbud som inneholder avvik som er vesentlig, jf. anskaffelsesforskriften § 9-6 (1) b. Konkurranses grunnlagets punkt 2.2 angir at det var adgang til å ha avvik dersom de ikke var vesentlige. Innklagede har ikke vist til hvorfor avviket var vesentlig ut over at det var angitt som et minimumskrav. Klagenemnda har dermed lite grunnlag for å vurdere om avviket var vesentlig. Klagenemnda konstaterer imidlertid at det var oppstilt et krav som ifølge det opplyste var strengere enn normal praksis, og som ingen av leverandørene oppfylte. Basert på dette fremstår avviket som vesentlig.
- (33) Klager har anført at innklagede, etter å bli gjort oppmerksom på avviket ved en klage etter tildeling, kunne ha gjenåpnet anskaffelsen og gjennomført forhandlinger med begge tilbydere. Klagenemnda viser til at det er leverandøren som har risikoen for om de har inngitt tilbud med avvik. Oppdragsgiveren har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å gjennomføre forhandlinger, se eksempelvis forenklingsutvalget NOU 2014: 4 punkt 25.4.7.2 og klagenemndas avgjørelse i sak 2017/63.
- (34) Slik klagesaken er opplyst, hadde både klager og gjenværende leverandør levert tilsvarende datablad. Begge tilbudene hadde samme avvik.
- (35) Innklagede har påberopt at man valgte å avlyse for å stille lempeligere krav, og dermed åpne for mer konkurranse. At et lempeligere krav kunne skapt mer konkurranse støttes ved klagers opplysning om at europeiske land vanligvis bruker filterklasse ePM₁₀ 50% for avtrekksfilter. Innklagede har imidlertid ikke ført noen konkrete bevis for at det var potensielle tilbydere som vurderte å inngi tilbud, eller avstod på grunn av det aktuelle kravet, eller at det var tilbydere som vanligvis deltok i denne typen anskaffelser, som her ikke deltok. Isolert vurdert er det derfor tvilsomt om hensynet til mer konkurranse kan begrunne avlysning.
- (36) Gitt at ingen av de som faktisk innga tilbud oppfylte kravet, mener klagenemnda at det i en slik situasjon forelå saklig grunn til å avlyse istedenfor å gjenåpne anskaffelsen for å gå i forhandlinger og se om en eller begge av tilbydere kunne oppfylle kravet. Nemnda mener dermed at det forelå saklig grunn, jf. anskaffelsesforskriften § 10-4 (1), og at avlysningen var rettmessig.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur