



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I perioden mellom kunngjøringen av en åpen anbudskonkurranse og beslutningen om valg av leverandør i byrådet, var det kommunevalg som resulterte i politisk skifte. Det nye byrådet besluttet å avlyse anbudskonkurransen av politiske og økonomiske grunner. Klagenemnda kom til at det ikke forelå brudd på forskriftens § 17-1 (1).

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2004 i sak 2004/11

Klager: Norlandia Omsorg AS

Innklaget: Moss kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning. Politiske hensyn.

Sakens bakgrunn:

- (1) Moss kommune (heretter ☐ innklagede ☐) kunngjorde 8. august 2003 en åpen anbudskonkurranse om drift av Orkerød sykehjem.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (2) Frist for innlevering av tilbud ble satt til 8. oktober 2003, men ble på anmodning fra en av leverandørene forlenget til den 17. oktober 2003. I konkurransegrunnlagets punkt 1.14.5 sto det bl.a.:

□ Forutsatt at det foreligger saklig grunn, kan oppdragsgiver avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom:

- 1. Det oppstår uforutsette forhold som endrer forutsetningene for anbudskonkurransen*
- 2. Ingen av leverandørene tilfredsstiller kravene □*

- (3) Den 13. september 2003 ble det avholdt kommunevalg, og de borgerlige partene mistet flertallet.

- (4) Fire leverandører innga tilbud innen fristen 17. oktober, hvorav Orkerød sykehjem som leverte tilbud på egenregi og Norlandia Omsorg AS (heretter □klager□).

- (5) I saksutredning datert 11. november 2003 fra rådmannen i Moss kommune fremgår det at rådmannen gir sin anbefaling til tilbudet fra klager. Videre fremgikk det at:

□ Ved budsjettforhandlingen i desember 2003 (feilskrift for 2002) ble det lagt inn en besparelse fra 2004 ved Orkerød sykehjem på kr. 4,5 mill. i forhold til inneværende års driftsbudsjett. Denne besparelsen var forutsatt oppnådd ved konkurranseutsetting av driften. (□) Sammenlignet med vedtatt økonomiplan for 2004, så ligger lavest anbud nå ca. kr. 2,3 under inneværende års driftsbudsjett og dermed ca. kr. 2,2 mill. over budsjetttrammen for 2004. Siden vurdering av bud først har blitt ferdig etter at rådmannen la fram sitt budsjettforslag, så er ikke dette hensyntatt i dette. □

- (6) Da det nye bystyret skulle behandle saken i desember, var det ikke lenger politisk flertall for rådmannens tidligere forslag om at klager skulle drifte Orkerød sykehjem. Det nye politiske flertallet avlyste konkurransen med øyeblikkelig virkning, og bestemte at kommunen selv skulle drifte sykehjemmet. Bystyrets vedtak 9. desember 2003 lød:

□ 1. Det vises til pkt. 1.14.5 i anbudsgrunnlaget om avlysning av anbudskonkurransen. Konkurransen avlyses. Forutsetningen for anbudskonkurransen er ikke lenger til stede. Kommunen har fått nytt politisk flertall. Dette flertallet har gjennom hele valgkampen konsekvent avvist konkurranseutsetting som virkemiddel både lokalt og nasjonalt. Alle tilbydere har kjent denne risikoen.

2. Kommunen har heller ikke oppnådd den innsparingen som var forutsatt. Det økonomiske målet kan best oppnås med kommunal drift.□

Klager har i det vesentlige anført:

- (7) Et politisk skifte er ikke å anse som en □saklig grunn□ etter regelverket. Innklagede har derfor avlyst konkurransen uten saklig grunn.
- (8) Et politisk skifte vil ikke under noen omstendighet utgjøre et □uforutsett forhold□ som berettiger øyeblikkelig avlysning. Moss kommune var klar over at et politisk valg ville finne sted i kommunen kort tid etter konkurransen var kunngjort, og var klar over at det kunne bli et politisk skifte. Det forelå her en usikkerhet som var fortiet for leverandørene. Anbudskonkurransen var fiktiv.
- (9) Det er klanderverdig av innklagede å sende rådmannens innstilling til klager to måneder etter det politiske skiftet, ettersom innklagede på dette tidspunktet må ha vært klar over at det politiske skiftet ville stanse konkurransen.
- (10) Dersom et politisk skifte anses for å være saklig grunn, skulle innklagede tatt inn informasjon i konkurransegrunnlaget om at et politisk skifte kunne stoppe anbudskonkurransen.
- (11) Forrige kommunestyres beslutninger kan ikke automatisk avsluttes av et nytt kommunestyre når den første beslutningen administrativt er iverksatt.
- (12) Det kan virke som en av begrunnelsene for at klagers tilbud ikke ble valgt, også skyldtes at det var for tungvint for innklagede å rasjonalisere bort egne konsernkostnader. Anbudskonkurransen synes også å ha blitt avlyst på dette grunnlag. Dette var ikke et utvelgelseskriterium som ble gjort kjent under anbudsprosessen.

- (13) Klagenemnda bes om å uttale seg om det foreligger grunnlag for positive og negative kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (15) Det var allment kjent at det var kommunevalg i september 2003, og i valgkampen var spørsmålet om konkurranseutsetting av kommunale tjenester et sentralt tema både på landsbasis og lokalt. At innklagede har fortiet noe som var et sentralt tema i valgkampen virker som en urimelig påstand.
- (16) Etter tilbudsfristens utløp arbeidet administrasjonen med evalueringen av tilbudene. Det var ikke klart at styringsflertallet ville avlyse den aktuelle konkurransen før den formelle behandlingen av denne saken. Det er således feil å hevde at konkurransen har vært fiktiv.
- (17) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det var bystyret i Moss som endelig skulle behandle valg av tilbud, og at saken ble fremmet via helse- og sosialutvalget til bystyret i første mulige møte etter tilbudsfristen.
- (18) Før tilbudsfristens utløp rettet en direktør fra klager en telefonhenvendelse til rådmannen. Rådmannen redegjorde for saksbehandlingen og understreket at det knyttet seg usikkerhet til hva bystyret ville vedta dersom det kom et nytt flertall.
- (19) I bystyrets begrunnelse for avvisningen punkt 2 ga bystyret uttrykk for en oppfatning om at kostnadsbesparelser best oppnås ved drift i egen regi. Dette kan heller ikke sees uavhengig av siste setning i punkt 1 i vedtaket. En av begrunnelsene for å avvise konkurranseutsetting av denne type tjenester har nettopp vært at gevinster kan oppnås best ved kommunal drift og at det på sikt dermed ikke vil være noe å spare på konkurranseutsetting når dette også skal sees i forhold til kvalitet på tjenester.
- (20) I den konkrete saken var det ikke samsvar mellom laveste bud og budsjett. Fra bystyrets side gis det uttrykk for at drift i egen regi vil medføre større fleksibilitet og dermed større mulighet for å få til nødvendige besparelser.
- (21) For at det skulle være lik konkurranse mellom eksterne og interne bud, og at det skulle opereres med sammenlignbare tall, ble det i tilbudet fra Orkerød sykehjem innarbeidet konsernkostnader. Konsernkostnader er kostnader på tjenester som sykehjemmet i dag får fra kommunen sentralt (personal, økonomi, IT m.m.) og som eksterne leverandører selv ville måtte utføre. Dersom konsernkostnadene ikke hadde vært lagt til, ville budet fra Orkerød sykehjem vært lavest i pris. Dersom valg av klagers tilbud skulle være økonomisk mest lønnsomt for kommunen, ville det vært nødvendig å hente ut besparelser sentralt i kommunen basert på at Norlandia ville overta oppgaver. Det ville være ulike synspunkter på om det ville være mulig å gjøre det i et slikt omfang.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

- (23) Forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 (1) bestemmer at:

□ Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn. □

- (24) Concord-kjennelsen i Rt. 2001 s. 473 utelukker ikke at andre hensyn enn økonomiske og forretningsmessige kan være relevante i saklighetsvurderingen, forutsatt at oppdragsgiver foretar en fullt ut forsvarlig vurdering.
- (25) Anbudskonkurransen gjaldt drift av sykehjem. Det foreligger ingen rettslig forpliktelse til å konkurranseutsette slik virksomhet. Det kan være ulike syn på hvorvidt det er ønskelig å benytte muligheten til å konkurranseutsette denne type virksomhet. I den foreliggende sak var anbudskonkurransen satt i gang før kommunevalget, men avsluttet etter. Valget endret den politiske sammensetning av bystyret og det nye flertall besluttet å avlyse konkurransen. Spørsmålet er om dette kan regnes som en saklig grunn for avlysning etter anskaffelsesreglene.
- (26) Endringen av holdningen til konkurranseutsetting var ikke et resultat av f. eks. administrative endringer, men av den demokratiske prosess gjennom et lokalvalg. Klagenemnda mener at hensynet til lokaldemokratiet må veie tungt. Det kunne virke støtende om det nye politiske flertall måtte anses bundet til å gjennomføre konkurranseutsettingen i strid med flertallets politiske overbevisning. På den annen side har leverandørene forholdt seg til en konkurranse som kommunen har iverksatt. Dette kan ha pådratt dem kostnader som det i denne situasjon kan virke urimelig at de må bære. Klagenemnda har etter en samlet vurdering kommet til at et endret politisk standpunkt til bruken av konkurranseutsetting i en kommune som følge av et kommunevalg utgjør en saklig grunn for avlysning av en anbudskonkurranse som var satt i gang, men ikke avsluttet, før kommunevalget.
- (27) Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å vurdere om bystyrets andre begrunnelse, da innklagede uansett hadde saklig grunn til avvisningen.
- (28) Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om klager har krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse som en følge av avlysningen. Dette er imidlertid ikke utelukket, selv om innklagde har avlyst konkurranse på et saklig grunnlag. At konkurranseutsetting som et virkemiddel hadde vært et tema i

kommunevalgkampen kan ikke ses som relevant for hva slags informasjon leverandørene har fått i forhold til den aktuelle anbudskonkurranse.

Konklusjon:

Moss kommune hadde saklig grunn for avlysning av konkurransen, og har derfor ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 (1).

For klagenemnda, Oslo 13. september 2004

Per Christiansen