



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Drammen kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om vinterdrift av veier mv. En rekke av tilbudene ble avvist, slik at det gjensto gyldige tilbud for et fåtall av rodene. Kommunen forventet å kunne oppnå lavere priser ved å gjennomføre en ny konkurranse også for de rodene der det var innkommet gyldige tilbud, og avlyste derfor konkurransen. Klagenemnda kom til at et av tilbudne var feilaktig avvist. Klagenemnda fant imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede hadde vist til en usaklig grunn for avlysning av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2005 i sak 2005/192

Klager: Arnstein Grill Fasting, Per Reese, Tor Øistein Skeide, Bjørn Ekeberg, Christian Alm Knudsen, Knut Ole Røed og Tore Horgen/ Buskerud Ferdigplen

Innklaget: Drammen kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Siri Teigum, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: avvisning, avlysning

Sakens bakgrunn:

- (1) Drammen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. mars 2005 en åpen anbudskonkurranse om vinterdrift av vei, gater, torg og plasser i perioden 2005-2009. Konkurransen skulle følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at vedståelsesfristen løp ut 8. juni kl 12:00.
- (3) Konkurransegrunnlagets del A1 "Innbydelse til åpen anbudskonkurranse" lød blant annet slik:

"Det settes krav til tilbyderen for å bli betraktet som kvalifisert for oppgaven, se kapittel F.

Blant de kvalifiserte vil laveste pris bli valgt, jf. prisberegning i Vedlegg D."

- (4) Konkurransegrunnlagets kapittel F, del "F3 Bemanning" lød slik:

"F3a Ansatte hos tilbyder siste tre – 3- år (årsverk)

År	Timelønte	Funksjonærer
Antall ansatte ved tilbudsfrist		

F3b Utførelse – fordeling antall ansatte årsverk i kontraktsarbeidet

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdahls gate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

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

Sum antall årsverk	Egne ansatte	I underentreprise	Innleid arbeidskraft

F3c Tilbyders arbeidsleder i avtaleperioden

Arbeidslederens navn	
Formelle kvalifikasjoner	
Praksis/ erfaring	
Referanser	

F3d Eventuelle underleverandører

Underleverandørens navn	Foretaksnr.	Tidsrom for underleveransen	Kort beskrivelse av arbeidsoppdraget. Kort begrunnelse for ikke å bruke egne ansatte.

”

- (5) Konkurranses grunnlagets kapittel F, del ”F4 Kvalitetssikrings- og internkontrollsystem” ba om følgende opplysninger under punkt F4b: Navn på IK-ansvarlig og antall personer i tilbyders IK-administrasjon, prinsippskisse for IK-system (innholdsfortegnelse med mer.), rutiner for revisjon og tidspunkt for revisjon.
- (6) Av konkurranses grunnlaget fremgikk det at leverandørene kunne gi tilbud på forskjellige roder, blant annet 37 traktorroder for brøyting og strøing og fire traktorroder kalt ”prioritert strøing PSA- PSD”. I de generelle tilbudsreglene, punkt 10 sto det følgende:

”10. Forbehold

Det er ikke adgang til å ta forbehold. Det er heller ikke anledning til å stille krav om minimum eller maksimum leveranse”.

- (7) Det ble avholdt en anbudskonferanse 30. mars 2005. I referat datert 3. april 2005, som ble sendt samtlige som hadde vært til stede i møtet samt de som hadde hentet konkurranses grunnlaget, står det blant annet:

”Antall roder det gis tilbud på

Det kan kun gis tilbud på det antall roder som den enkelte tilbyder har kapasitet til å ta. Det er ikke tillatt å sette opp prioritering og/ eller reserverode.

[...]

Mulighet for flere anbudsrunder

Dersom Drammen kommune ikke mottar nok tilbud til å fylle alle roder vil ny åpen anbudskonferanse utlyses for disse rodene.”

- (8) En rekke leverandører innga tilbud, herunder Arnstein Grill Fasting, Per Reese, Tor Øistein Skeide, Bjørn Ekeberg, Christian Alm Knudsen, Knut Ole Røed og Tore Horgen/ Buskerud Ferdigplen (heretter kalt klagerne) som innga hver sine deltilbud.

- (9) I tilbudet fra Arnstein Grill Fasting var følgende ordlyd tatt inn i tilbuds brevet: "[...] *Jeg har lagt inn tilbud på tre brøyteroder, samt fire prioritert strøroder. Får jeg tildelt en brøyterode eller flere bortfaller beredskapstillegget på alle de fire prioritert strøroder.*" Konkurranses grunnlagets "F3 Bemanning" var fylt ut slik at det fremgikk av F3b at det var to egne ansatte og to innleid arbeidskraft. F3d var ikke fylt ut.
- (10) I tilbudet fra Per Reese var konkurranses grunnlagets "F3 Bemanning" fylt ut slik at det fremgikk et navn under punkt F3a. Punkt F3b var fylt ut med "*sum antall årsverk: 3*", "*egne ansatte: 1*" og "*i underentreprise: 2*". Navn og opplysninger om underleverandørene fremgikk av punkt F3d. I punkt F3c ble Per Reese oppgitt under "arbeidsleders navn". Det fremgikk også at Reese hadde brøytet og strødd i Drammen kommune siden 1993.
- (11) I tilbudet fra Tor Øistein Skeide fremgikk det av punkt F3a at tilbyder hadde hatt en sesongarbeider de siste tre årene, og at ingen var ansatt ved tilbudsfrist. Av punkt F3b ble det oppgitt "*innleid arbeidskraft: 1*". Skeide tilbød vedlikehold av rode 12 og 13, samt PSA og OSB. I tilbudet ble det presisert følgende:
- "Anbudet på PSA og PSB er kun gyldig dersom jeg blir tildelt brøyte-/ strørode 12 og / eller 13."*
- (12) I tilbudet fra Christian Alm Knudsen var punkt F3a kun utfylt med "*antall ansatte ved tilbudsfrist: 0*". Verken punkt F3b eller F3c var fylt ut. F3c var ikke fylt ut med navn på arbeidsleder. Alm Knudsens tilbud inneholdt et vedlegg der følgende fremgikk:
- "Angående bemanning
Foretaket Christian Alm Knudsen er et enkeltmannsforetak og har dermed ingen ansatte."*
- (13) I tilbudet fra Tore Horgen/ Buskerud Ferdigplen var punkt F4b ikke fylt ut.
- (14) På oppfordring fra innklagede, forlenget samtlige av klagerne vedståelsesfristen med 30 dager.
- (15) Innklagede skrev blant annet følgende i et notat datert 13. juni 2005:

*"6. Arnstein Grill Fasting. Inngir tilbud på tre traktorroder (28, 29 og 30) samt de fire rodene for prioritert strøing (i tilbudet tas det forbehold om frafall av beredskap på rodene PSA-PSD om inngitt tilbud på traktorroder aksepteres). Arbeidene oppgis å skulle utføres av egne ansatte (2) og innleid arbeidskraft (2) uten at det i skjema F3d oppgis hvem den innleide arbeidskraften er. anbefaling: Avvises pga. forbehold i pristilbud samt at det ikke er oppgitt hvem den innleide arbeidskraften er.
[...]*

8. Per Reese. Inngitt tilbud på fire traktorroder (1,4,15 og 18) samt de fire rodene for prioritert strøing (PSA – PSD). Oppgir at arbeidet skal utføres med 3 årsverk; 1 egen ansatt og 2 i underentreprise (navn oppgitt). Fremgår ikke hvem som skal kjøre traktor nr. 4. Utstyr som skal benyttes i arbeidene er beskrevet. [...] anbefaling: Avvises pga. at det ikke er oppgitt hvem som skal kjøre traktor nr 4.

[....]

15. Tor Øistein Skeide: Inngitt tilbud på traktorrode nr 12 og 13 samt PSA og PSB. Arbeidene oppgis å utføres av ett årsverk innleid arbeidskraft (navn ikke oppgitt). Øvrige opplysninger tilstrekkelige for å vurdere tilbudet. Anbefaling: Avvises da det ikke klart fremgår hvem som skal utføre arbeidene.

[...]

20. Bjørn Ekeberg. Inngitt tilbud på traktorrode nr. 23. Opplysninger tilstrekkelige til å vurdere tilbudet. Anbefaling: Aksepteres.

[...]

22. Christian Alm Knudsen. Inngitt tilbud på traktorrode nr 17. Skjemaene F3a, F3b og F3d er ikke ifylte, men det oppgis i vedlegg at tilbyder er et enkeltmannsforetak. Navn på arbeidsleder (skjema F3c) er ikke oppgitt. Øvrige opplysninger gir grunnlag for å vurdere tilbudet. Anbefaling: Avvises da det ikke klart fremgår at arbeidene skal utføres i egenregi.

23. Knut Ole Røed. Tilbud inngitt på traktorrode nr. 25. Utstyr tilstrekkelig beskrevet, og arbeid skal utføres av tilbyder. Oppgir også reserveutstyr. Anbefaling: Tilbud aksepteres.

[...]

25. Buskerud Ferdigplen [Tore Horgen]. Inngitt tilbud på traktorrode nr 26 samt PSD. Skjema F4b (Internkontrollsystem) er ikke fylt ut. Øvrige opplysninger i tilbudet er tilfredsstillende. Anbefaling: Avvises pga. manglende beskrivelse av internkontrollsystem.

[...]

Med bakgrunn i en mer grundig gjennomgang av de innkomne tilbud synes kun et fåtall å kunne sies å være fullstendige – Sigurd Flaget (traktorrode nr. 2, 4 og 36), Per Øivind Sola (traktorrode 27), Bjørn Ekeberg (traktorrode nr. 23) og Knut Ole Røed (traktorrode nr. 25). Dvs kun åtte av 57 enheter (14 %) i Drammen kommune sitt vinterdriftopplegg er besatt etter den avholdte åpne anbudskonkurransen.

Anbefaling: Ny anbudskonkurranse må gjennomføres for å besette de enheter som pr. dd ikke er avklart evt. bør hele anbudskonkurransen avlyses. En ny anbudskonkurranse må også i større grad fange opp dynamikken i markedet hvor det ikke er vanlig å inngå forpliktende avtaler med underleverandører før anbudskonkurransen er avgjort.”

- (16) I brev til tilbyderne datert 18. juni 2005 skrev innklagede blant annet:

”Viser til åpen anbudskonkurranse med innleveringsfrist 9. mai 05. Ved tilbudsfristens utløp var det mottatt 26 tilbud hvorav tre ble avvist ved åpningen – to pga manglende skatteattest og ett tilbud ble levert etter fristens utløp.

En grundig gjennomgang av de resterende 23 tilbud viser at det hefter større eller mindre mangler og/ eller uklarheter ved flere av disse. I henhold til punkt 12 i generelle tilbudsregler avvises også disse tilbudene. Dette medfører at det på flere av rodene ikke lengre vil være inngitte tilbud, og en ny anbudskonkurranse vil måtte

gjennomføres for disse. Aksept av gjenværende tilbud vil innebære at Drammen kommune må akseptere en vesentlig høyere pris enn det man må kunne forvente å få ved gjennomføring av en ny anbudskonkurranse. På denne bakgrunn avlyses derfor hele den åpne anbudskonkurransen.”

- (17) Samme dag kunngjorde innklagede en ny åpen anbudskonkurranse med tilbudsfrist 19. august.
- (18) Under saksbehandlingen for klagenemnda har innklagede laget en oversikt over hvor mange tilbud som innkom på de forskjellige roder, der klagernes tilbud er regnet med i listen over gyldige tilbud, men øvrige leverandører som er avvist, forutsettes rettmessig avvist. Denne oversikten viser at det kun er på traktorrode 4 og 29, samt de prioriterte rodene PSA-PSD at det innkom mer enn et tilbud. På rode 4 konkurrerte én ikke avvist leverandør med Reese. På rode 29 konkurrerte én ikke avvist leverandør med Fasting. På rodene PSA og PSB konkurrerte Reese, Fasting og Skeide og på rodene PSC og PSD konkurrerte Reese og Fasting.

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Uriktige avvisninger

- (20) De av klagerne som fikk sine tilbud avvist, mottok ikke noen underretning om feil eller mangler ved tilbudene.

Arnstein Grill Fasting

- (21) Fasting har gitt et alternativt tilbud, som oppdragsgiver hadde plikt til å vurdere.
- (22) Fasting har gitt de opplysningene som konkurransegrunnlaget krevde med hensyn til personell. Det var ikke spesifikasjonskrav til innleid personell, i motsetning til engasjerte underentreprenører. Før innlevering av tilbud hadde Fasting pr telefon blitt enig om denne forståelsen med kommunens sjefsingeniør.
- (23) HMS-egenerklæringen var korrekt utfylt. Det er ikke noen som helst innholdsmessig kvalitetsforskjell mellom egenerklæringene under punkt F6 i konkurransegrunnlaget. Utenlandsk arbeidskraft er like vidtgående vernet under den første erklæringen. For øvrig er en eventuell feil bagatellmessig og kunne rettes opp. En eventuell rett til avvisning av et mangelfullt tilbud er ikke ubetinget og grenseløs, jf sak 2004/47.

Per Reese

- (24) Reese har kjørt en av traktorrodene selv i 12 vintre. Anførslene om manglende oppgave over hvem som skulle kjøre traktor nr. 4 kunne vært oppklart med et telefonisk spørsmål. Reese har ikke oppgitt seg selv som ansatt hos seg selv, men har oppført seg på arbeidsleders plass. Det virker underlig at opplysninger som skulle være fullgode for 3 av 4 roder skulle føre til utelukkelse av alle roder.
- (25) De alminnelige tilbudsreglene setter krav til spesifikasjon av underentreprenører, men ikke med hensyn til egne ansatte. Der er derfor anledning til å engasjere hjelp etter tildeling av oppdrag. Medunderskrift på HMS-egenerklæringen kan derfor sikres i forbindelse med kontraktsutformingen og kunne vært innhentet i medhold av konkurransegrunnlagets alminnelige tilbudsregler §§ 14 og 15 (2).

- (26) Manglende underskrift på HMS-egenerklæringen er en bagatellmessig mangel som kunne vært supplert ved enkel telefonforespørsel innenfor regelverket. En eventuell rett til avvisning av et mangelfullt tilbud er ikke ubetinget og grenseløs, jf sak 2004/47.

Tor Øystein Skeide

- (27) Manglende detaljering med hensyn til innleid arbeidskraft kunne vært avklart ved telefonisk forespørsel.

Kristian Alm Knudsen

- (28) Knudsen har i flere år kjørt en traktorrode selv og kunne på telefonisk forespørsel bekreftet at det var "business as usual". Innklagede burde forstått ut fra vedlegget til tilbudet at Alm Knudsen var arbeidsleder i foretaket.

Buskerud Ferdigplen/ Tore Horgen

- (29) Skjema F4B vedrørende internkontrollsystem var ikke fylt ut. Denne uteglemmelsen kunne vært reparert ved en telefonhenvendelse, i det Horgen har kjørt i flere år for innklagede. Horgen har et fungerende internkontrollsystem og kunne dokumentert dette.

Kontraheringsplikt

- (30) De av klagerne som ikke fikk sine tilbud avvist, har krav på å få tilbudene vurdert og konkurransen fullført. Den nye konkurransen med frist 19. august kan kun gjennomføres for de rodene hvor det på grunn av mangler ved tidligere inngitte tilbud ikke lenger finnes konkurranseverdige tilbud.

Manglende saklig grunn for avlysning

- (31) Innklagede har ikke saklig grunn for avlysning av konkurransen.
- (32) Ønsket om å fange opp dynamikken i markedet på en bedre måte i en senere anbudskonkurranse, slik at innklagede kan oppnå lavere pristilbud på rodene, utgjør ikke en saklig grunn for avlysning. Prisenivået hos de resterende tilbyderne er lavere enn ved kontraktsslutningene forrige sesong.
- (33) ISS/Vaktmesterkompaniet innga unormalt lave tilbud i den påklagde konkurransen. I neste anbudsrunde har denne leverandøren trukket seg fra 25 roder, halvert tilbudene på rode 15 og 16 og høynet med gjennomsnittlig 45 % på de resterende 13 traktorrodene. Ved gjennomgang rode for rode etterlater innklagede et inntrykk av at det kan oppnås store besparelser, mens de påberopte forskjellene er overdrevet tatt i betraktning de senere innleverte tilbudene fra ISS. Det synes ikke korrekt å bli sammenlignet med priser fra tilbydere som er blitt diskvalifisert.
- (34) Innklagede var dessuten på forhånd forberedt å måtte gå flere anbudsrunder for å få fylt opp alle rodene. Dette tilkjennegir at kommunen har en kontraheringsplikt, forutsatt at tilbyderne er kvalifiserte og det ikke hefter alvorlige mangler ved fremsatte tilbud.
- (35) Innklagede har kun frihet til å forandre anbudsreglene på de rodene som ikke kan besettes med gyldige tilbud i den første konkurransen.

- (36) Med kjennskap til den erfaring og profesjonalitet som kan knyttes til flere av de avviste tilbydere utenfor klageres krets, holder klagerne det relativt sannsynlig at flere anbydere er blitt avvist på grunnlag av beslektet utilstrekkelig karakter som klagerne i denne klagesaken. Dette kan eventuelt klagenemnda vurdere ut fra de anførsler kommune måtte ha dokumentert, men som er unndratt klageres innsyn.
- (37) Innklagede har en kontraheringsplikt. Klagerne har forlenget sine tilbud ved i deltakelsen i den nye konkurransen å ha gitt uttrykk for at de prinsipielt ønsker konkurransen avgjort i første anbudsrunden.

Brudd på krav til god forretningsskikk

- (38) Innklagede skulle ha gitt klagerne en uoppfordret begrunnelse for avvisningene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (39) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Avvisningene

- (40) Det vises til notat av 13. juni for begrunnelser for avvisningene, jf. premiss (15) foran.
- (41) Dessuten anføres det at Reese oppgir å ha en ansatt, men at HMS-egenerklæringen ikke inneholder underskrift fra de ansatte. Dette utgjør en selvstendig avvisningsgrunn.
- (42) Fasting har heller ikke levert gyldig HMS-egenerklæring, ettersom attesten ikke er underskrevet på punktet om utenlandsk arbeidskraft.
- (43) Skeides tilbud på rode PSA og PSB ble umiddelbart avvist, og ikke medtatt i protokollen, ettersom tilbudet inneholdt forbehold om å bli tildelt rode 12 og/eller 13. Dette forbeholdet var i strid med de generelle tilbudsreglenes punkt 10.

Avlysning

- (44) Hjemmel for avlysning er forskriften § 10-1 (1). Bestemmelsen bygger på det forhold at oppdragsgiver ikke har noen kontraheringsplikt.
- (45) Innklagede avlyste konkurransen så snart innklagede innså at omfanget av tilbud som skulle avvises var av en slik art at innklagede fikk en svært mangelfull konkurransesituasjon, og ikke ville få dekket utlyst behov. Dette ville ikke kunne repareres ved kun å utlyse ny konkurranse på de roder som er uten gyldig tilbud, da konkurransen også ble vesentlig svekket på de roder hvor det fortsatt forelå gyldige tilbud. I en slik situasjon vil kommunen måtte betale en høyere pris enn det som ville være tilfelle ved full konkurranse.
- (46) At et så stort antall tilbydere ikke skulle evne å oppfylle grunnleggende kvalifikasjonskrav som angitt i konkurransegrunnlaget, kunne ikke forutses av Drammen kommune.
- (47) Bare ved avvisningen av de to største tilbydere, som hadde i det vesentlige gunstigste tilbudene, vil det foreligge en økonomisk begrunnelse for avlysning. Det er

ikke bestridt at disse tilbudene skulle avvises. Da innklagede i tillegg måtte avvise flere andre ufullstendige tilbud, er det på det rene at det forelå saklig grunn for avlysning.

- (48) Noen av de tilbud klagerne hevder det skal foreligge kontraheringsplikt på, har en tilnærmet dobbelt så høy pris som de som er lavest, når man ser bort i fra avvisningsgrunner. Det bestrides at noen av disse innga tilbud som skulle avvises pga unormalt lav pris. Skulle det foreligge kontraheringsplikt, ville dette innebære en klar brist med grunntanken bak anskaffelsesregelverket. Det vises til sak 2003/75.

Vedståelsesfrist

- (49) Klagerne forlenget vedståelsesfristen 30 dager frem til 8. juli kl. 12:00. Det vil være i strid med regelverket å tildele kontrakt til en av klagernes tilbud fra den avlyste konkurransen, når vedståelsesfristen har utløpt. Det kan ikke ha noen innvirkning på avtaleforholdet inter partes mellom oppdragsgiver og tilbyderne at klagerne har sendt inn en klage på avlysningen til klagenemnda før vedståelsesfristen løp ut.

Klagenemndas vurdering:

- (50) Klagerne har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.

Innledning

- (51) Det synes ubestridt i saken at konkurransegrunnlaget åpnet for å inngi deltilbud på en eller flere roder. Klagenemnda legger dette til grunn.
- (52) I den påklagde konkurransen forelå det på en rekke av rodene ingen eller kun et gyldig tilbud. For disse rodene hadde innklagede saklig grunn til å avlyse konkurransen grunnet manglende konkurranse. Det vises i denne sammenheng til sak 2003/75 der nemnda uttalte:

”Innklagede kan i følge § 10-1(1) avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, der det tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den. Hensynet til en effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg. EF-domstolen har lagt til grunn at det i slike situasjoner ikke foreligger noen generell kontraheringsplikt, jf. domstolens sak C-27/98. Konsekvensen er således at mangelfull deltakelse kan være saklig grunn for å avlyse konkurransen. ”

- (53) Nemnda finner det ikke hensiktsmessig å behandle anførselen om urettmessig avvisning av klagernes tilbud på disse rodene, da det uansett for disse forelå saklig grunn for avlysning.
- (54) Det som må vurderes etter dette er om Reese, Fasting eller Skeide, som har levert tilbud på roder der det er levert mer enn ett tilbud, ble urettmessig avvist.

Avvisningene

Arnstein Grill Fasting

- (55) Uttalelsen i Fastings tilbud om at beredskapstillegget på de prioriterte rodene bortfaller dersom han blir tildelt en eller flere brøyteroder, utgjør verken et forbehold eller en alternativ løsning. Uttalelsen må derimot forstås som at Fasting har inngitt parallelle tilbud. For det første tilbudet vil beredskapstillegget gjelde dersom Fasting kun blir tildelt prioriterte strøroder. For det andre tilbudet vil beredskapstillegget på samtlige prioriterte strøroder falle bort dersom Fasting blir tilbudt minst en brøyterode. Uttalelsen angir klart hvilken pris som blir tilbudt i de to tilbudene, og skaper således ikke tvil om hvordan tilbudene skal bedømmes i forhold til de andre tilbudene i konkurransen, jf § 8-10 (1) bokstav d). Uttalelsen gir således ikke grunnlag for å avvise tilbudet under henvisning til at det inneholder et forbehold.
- (56) Skjema F3 legger ikke opp til at tilbyderne skal oppgi navn på innleid arbeidskraft. Innklagede har således ikke grunnlag for å avvise Fastings tilbud på grunnlag av manglende navn på innleid arbeidskraft.
- (57) Fasting har levert HMS-egenerklæring signert av daglig leder og en representant for de ansatte. Fasting er ikke en utenlandsk oppdragstaker, og trenger således ikke signere den delen av HMS-egenerklæringen som gjelder for utenlandske oppdragstakere. Heller ikke på dette grunnlag kan Fastings tilbud avvises.

Per Reese

- (58) Reese oppgir i tilbudet å ha en ansatt. Imidlertid manglet den innleverte HMS-egenerklæring en signatur av en representant for de ansatte, og var således ikke i samsvar med forskriftens vedlegg 2. Det følger av forskriften § 8-12 (1) bokstav c) at oppdragsgivere skal avvise leverandører som har unnlatt å levere HMS-egenerklæring i samsvar med § 5-16. Innklagede har således ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise Reeses tilbud.

Tor Øistein Skeide

- (59) Skjema F3 legger ikke opp til at tilbyderne skal oppgi navn på innleid arbeidskraft. Innklagede har således ikke grunnlag for å avvise Skeides tilbud på grunnlag av manglende navn på innleid arbeidskraft.
- (60) Skeides tilbud på PSA og PSB inneholder et krav om minimumsleveranse, ettersom disse tilbudene kun er gyldige dersom Skeide blir tildelt minst en traktorode. Dette kravet er i strid med de "alminnelige tilbudsreglene" punkt 10. Prisen ble således ikke oppgitt slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget, og innklagede hadde rett til å avvise tilbudene med hjemmel i forskriften § 8-10 (2) bokstav b).

Avlysning

- (61) På rode 29 innkom det i alt fem tilbud, og klagenemnda legger til grunn at tre av disse rettmessig ble avvist. Blant de fem tilbudene hadde Fasting inngitt det nest laveste tilbudet, men dette var 41% høyere i pris enn det laveste tilbudet, som ble avvist. Dersom innklagede hadde sluttført konkurransen, ville Fasting fått kontrakten på rode 29, ettersom det var en priskonkurranse. I Konkurransegrunnlaget pkt 16 hadde oppdragsgiver forbeholdt seg rett til å avlyse konkurransen: "*Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning hvis det foreligger saklig grunn. Ved*

avlysning etter denne bestemmelsen skal oppdragsgiver varsle alle tilbydere som har mottatt konkurransegrunnlaget og innen rimelig tid begrunne hvorfor konkurransen avlyses.”

- (62) Spørsmålet er etter dette om innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen også for røde 29, jf konkurransegrunnlaget pkt 16 og forskriften § 10-1 (1).
- (63) Det følger av kjennelsen i Rt. 2001 s. 473 (Concord II) at økonomiske hensyn er legitime i vurderingen om det foreligger saklig grunn for avlysning. Kjennelsen gjaldt tilsidesettelse av en beslutning om avlysning basert på tidligere lov om anskaffelser § 4, men nemnda antar at vurderingene vil være de samme under forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1). Kjæremålsutvalget la i kjennelsen til grunn at det ikke kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje. Kjæremålsutvalget uttalte at *”Det må være tilstrekkelig at vurderingen av å bruke en tilbudskonkurranse og den senere avlysning av konkurransen hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering fra utbyderens side.”* Det fremheves også at dette beror på en totalvurdering: *”Det sentrale må være om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet”*. Dette er også lagt til grunn av Klagenemnda i sak 2004/1 der kjennelsen ble gjengitt slik: *”Økonomiske og forretningsmessige begrunnelser er generelt saklige grunner, jf. Concord II kjennelsen i Rt. 2001 s. 473. Det kreves ikke en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men avgjørelsen må hvile på en fullt ut forsvarlig vurdering”*.
- (64) Saken som er til behandling nå skiller seg imidlertid for øvrig fra Klagenemndas sak 2004/1 mht de faktiske omstendigheter. Nemnda la i den saken vekt på at innklagede ikke hadde budsjettmessig dekning for kostnadsøkningen den aktuelle konkurransen medførte, og fant det ikke godtgjort at innklagedes vurdering på dette punktet hvilte på et uforsvarlig grunnlag. Nemnda fant at innklagede følgelig hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. I den foreliggende saken har innklagede ikke vist til manglende budsjettdekning som begrunnelse for avlysningen. Det er de uforutsette avlysningene på grunn av formfeil på tilbydersiden, den derav følgende begrensede konkurransen og det derav følgende prisnivået som er anført som grunn for avlysningen.
- (65) Spørsmålet er om denne vurderingen av avlysningsspørsmålet var uforsvarlig.
- (66) Innklagede hadde på bakgrunn av tidligere erfaringer med utlysning av slike oppdrag en forventning om en viss konkurranse om oppdragene. De mange tilbudene som ble mottatt i den aktuelle konkurransen, men som måtte avvises på grunn av ulike formelle feil hos leverandørene, bekreftet denne forventningen. At slike formelle feil skulle gjøres av leverandørene og tilbud således måtte avvises, lå utenfor det oppdragsgiver kunne forutberegne og kontrollere. Markedet synes å være slik at innklagede kunne forvente konkurranse blant mange leverandører også på den konkrete roden. Når det i denne situasjonen kun gjensto to gyldige tilbud på den aktuelle roden, var konkurransen vesentlig svekket, samtidig som det var dokumentert for oppdragsgiver at det fantes flere avviste leverandører i markedet og at i hvert fall en av disse kunne være villig til å inngi lavere pristilbud både på denne og andre roder. Det er opplyst at innklagede samme dag som avlysningen fant sted kunngjorde en ny konkurranse, og at konkurransen omfatter den aktuelle roden. Avlysningen kan derfor ikke anses å innebære et forsøk på omgåelse av

forhandlingsforbudet. Den kan heller ikke anses å indikere at den tidligere konkurransen ikke var reell, men bare hadde til hensikt å teste markedet.

- (67) Slik saken fremstår for klagenemnda, hadde innklagede gyldige tilbud på kun en av over 40 roder. Konkurransen sett i helhet må derfor antakelig sett fra oppdragsgivers ståsted anses som forfeilet, og nemnda finner det forståelig at innklagede ønsket å avlyse konkurransen og gjennomføre hele konkurransen på nytt for alle roder. På den annen side har ikke innklagede vist til forhold som taler for at samtlige roder bør konkurranseutsettes i samme konkurranse, slik at det vil få økonomiske konsekvenser for de øvrige rodene dersom innklagede kontraherte separat for denne ene roden. Tvert i mot har innklagede i notat av 3. april lagt til grunn at det kan bli nødvendig med flere anbudskonkurranser for å få dekket samtlige roder. Klagenemnda har således ikke lagt avgjørende vekt på slike helhetsbetraktninger i vurderingen av om avlysningen var usaklig.
- (68) På bakgrunn av de opplysninger som har fremkommet for Klagenemnda, har nemnda likevel ikke funnet grunnlag for å konstatere at innklagede har foretatt en usaklig avlysning av konkurransen.

Krav til begrunnelse

- (69) Klagerne fikk ingen begrunnelse for avvisning av tilbudene før under klagebehandlingen for klagenemnda. Det bemerkes at flere av avvisningsgrunnene først ble påberopt overfor klagerne mot slutten av saksbehandlingen i nemnda. Dette strider mot forskriften § 3-8 (1), som bestemmer at oppdragsgiver snarest mulig skal gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet avvises. Slik saken fremstår for nemnda synes den manglende begrunnelsen for avvisningene ikke å ha virket inn på resultatet, nemlig at konkurransen ble avlyst med saklig grunn.

Konklusjon:

Drammen kommune har brutt forskriften § 3-8 (1) ved ikke snarest mulig gi klagerne en kort begrunnelse for hvorfor tilbudene ble avvist.

Drammen kommune har ikke brutt forskriften § 10-1 (1) ved å avlyse konkurransen.

For klagenemnda, Oslo 12. september 2005

Svein Dahl