



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inviterte til åpen anbudskonkurranse for inngåelse av avtale om kraftutbygging. Ett år etter tilbudsfristens utløp, valgte innklagede å avlyse konkurransen. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde dokumentert at det forelå saklig grunn til å avlysning.

Klagenemndas avgjørelse 12. november 2007 i sak 2007/103

Klager: Småkraft AS

Innklaget: Nærøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Nærøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. juni 2006 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av avtale om kraftutbygging i Grytbogen. Avtalen skulle omfatte planlegging, konsesjonssøknad, bygging og drift av kraftverket.
- (2) Om evaluering av innkomne tilbud fremgikk det følgende i konkurransegrunnlagets punkt 1.4:

"Følgende forhold vil bli vurdert ved evaluering av tilbudet:

- *Avkastning grunneier/godtgjøring fallrettigheter*
- *Økonomisk og faglig kapasitet til å gjennomføre prosjektet*
- *Framdriftsplan"*

- (3) Konkurransegrunnlagets punkt 4 inneholdt **"TILBUDSREGLER"**:

"4.1 GENERELLE TILBUDSREGLER

Som generelle tilbudsregler gjelder bestemmelsene i lov om forskrift om offentlige anskaffelser av 1. juli 2001.

4.2 TILBUDETS PRISER

Prisen skal fremkomme som en årlig godtgjøring for fallrettigheten som reguleres med kraftproduksjonen."

- (4) Innen tilbudsfristens utløp 1. september 2006 var det kommet inn tilbud fra seks leverandører, blant disse Småkraft AS (heretter kalt klager). I henhold til konkurransegrunnlagets punkt 1.5 skulle tilbudene vedstås i 6 måneder etter innleveringsfristen.

- (5) I protokollen fra tilbudsåpningen 1. september 2006 fremgikk følgende:

"1. Nord-Trøndelag E-verk

Tilbudet er beskrevet med en del forutsetninger og forbehold. Tilbud på leie av fallrettigheter på [...] øre pr. kWh.

2. Norsk Grønnkraft

Tilbudet er beskrevet med en del forutsetninger og forbehold. Tilbud på falleie avhengig av omsetning [...]

3. Tyngdekraft

Tilbudet er beskrevet med en del forbehold. Tilbud på falleie avhengig av omsetning [...]

4. Tinfos AS

*Tilbudet er beskrevet med en del forutsetninger. Kompensasjon for leie av fallrettigheter:
[...] % av produksjonen (brutto omsetning)*

5. Småkraft

Tilbudet er beskrevet med en del forbehold og forutsetninger. Tilbud på leie av fallrettigheter på [...] øre/ kWh. Alternativt tilbys overskuddsbetaling.

6. Fjellkraft

Beskrevet flere utbyggingsalternativ med en del forbehold og forutsetninger. Ingen konkrete tilbud på godtgjørelse."

- (6) Utvalg for drift og utvikling vedtok på møte 16. november 2006 å innstille på at kontrakt skulle tildeles klager. Da saken skulle behandles i kommunestyret 12. desember 2006, besluttet kommunestyret at saken skulle utsettes.

- (7) Som følge av kommunestyrets vedtak av 12. desember 2006, ble det foretatt en ny gjennomgang av de innkomne tilbud. På bakgrunn av den nye gjennomgangen, fattet kommunestyret 20. februar 2007 følgende vedtak:

"3 Nærøy kommune inviterer følgende firma til avklaringer vedr. kraftutbygging i Grytbogen:

- Småkraft as, Kokstadvegen 37, 5020 Bergen*
- Nord-Trøndelag Elektrisitetsverk, Sjøfartsgt. 3, 7736 Steinkjer*
- Norsk Grønnkraft as, Postboks 17, 1701 Sarpsborg.*

4 Endelig valg av samarbeidspartner legges fram for politisk behandling."

- (8) Om bakgrunnen for vedtaket stod det blant annet følgende:

”Vurdering

I første gjennomgang av tilbudene er det ikke tatt tilstrekkelig hensyn til alternative løsninger i noen av tilbudene. Bla. har NTE beskrevet et alternativ plassering av kraftstasjonen som gjør at deres tilbud kan sammenlignes med flere av de andre tilbudene.

Det er behov for kunnskap og innsikt for å gjøre en god vurdering av de innkomne tilbudene. Det er mange parametere og delvis komplekse sammenhenger som skal vurderes. For kommunen har prosessen så langt vært preget av læring og tilegning av ny kunnskap, det har derfor vært nødvendig å bruke noe tid på å vurdere de innkomne tilbud.

Flere av tilbyderne har tilnærmet samme tekniske løsning på selve utbyggingen. Løsninger for godgjøring av fallretten er likt beskrevet fra flere av firmaene. Ut fra dette kan det være vanskelig å preferere et firma fremfor et annet. For å gå nærmere inn på enkelte av tilbudene, bli bedre kjent med tilbyderne og samtidig tilegne oss ytterligere kunnskap foreslås det derfor at kommunen inviterer flere firma til en videre presentasjon- og avklaringsrunde. Ut fra vurderinger som er gjort fremstår NTE og Norsk Grønnkraft as, i tillegg til Småkraft as, som de mest aktuelle samarbeidspartnere i forbindelse med kraftutbygging i Grytbogen.”

- (9) Ved brev av 29. juni 2007 ble klager meddelt at leverandør var valgt. I meddelelsesbrevet fremgikk følgende:

”I møte den 11.06.07 fattet formannskapet følgende vedtak:

- Nærøy kommune inngår intensjonsavtale med Nord-Trøndelag E-verk om å realisere planene for kraftverk i Grytbogen, rådmannen gis fullmakt til å framforhandle og inngå slik avtale med NTE.*
- Avtale om leie av fallrettigheter med mer legges fram for kommunestyret for godkjenning.*

Saken ble referert for kommunestyret den 26.06.07.”

- (10) Ved brev av 15. august 2007 påklagde klager innklagedes tildelingsbeslutning til Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

- (11) I brev til leverandørene datert 31. august 2007 meddelte innklagede at konkurransen var avlyst. Fra brevet hitsettes:

”Viser til mottatt brev fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser datert 17.08.07 med oversendelse av klage fra Småkraft as.

Kommunen har gjennomgått saken og konkludert med at anbudskonkurransen avlyses.

Alle mottatte tilbud er dermed forkastet.

Kommunen vil se nærmere på hvordan saken skal håndteres videre. Alle firma som kom med tilbud på vår forespørsel vil bli orientert om videre forløp i saken.”

(12) Ved brev til klagenemnda av 18. september 2007 endret klager sin anførsel i saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(13) Innklagede hadde ikke anledning til å avlyse konkurransen. Det at innklagede som en direkte respons på klagen til klagenemnda avlyste konkurransen, er et tiltak som har til hensikt å stoppe videre klagebehandling.

(14) Innklagede hadde heller ikke rett til å avlyse konkurransen for å unngå å tildele prosjektet iht. de tildelingskriterier som følger av konkurransegrunnlaget.

Innklagedes anførsler:

(15) Innklagede så ingen annen utvei enn å avlyse konkurransen. Bakgrunnen for dette er at innklagede har vært noe uklar i forhold til selve innholdet i konkurransen, blant annet var ikke konkurransegrunnlaget detaljert nok. Dette har ført til at mottatte tilbud ikke ga tilstrekkelig grunnlag for valg av tilbud iht. tildelingskriteriene. Tilbudene fra alle de seks leverandørene inneholdt flere forbehold og forutsetninger, og godtgjøring for fallrett var beskrevet med forskjellige modeller. Etter evalueringen av den videre prosessen med å avklare hva som lå i tilbudene, innså innklagede at grunnlaget ikke var tilstrekkelig for å få en god nok kvalitet på saksbehandlingen.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(17) Anskaffelser i forbindelse med vann- og avløpsanlegg omfattes av forsyningssektoren, jf forsyningsforskriften av 5. desember 2003 nr. 1424 § 4 bokstav a (forsyningsforskriften av 5. desember 2003 regulerer anskaffelser iverksatt før 1. januar 2007). Ved forskriftsendring av 9. september 2005, i kraft 20. oktober 2005, ble det bestemt at blant annet kommuner skal følge forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 også når det skal gjøres innkjøp innen forsyningssektoren, jf nytt 2. ledd i forsyningsforskriftens § 3. Det er således forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 som regulerer forholdet i nærværende sak.

(18) Ut fra fremlagt dokumentasjon kan det synes som om vedståelsesfristen for tilbudene var utløpt før konkurransen ble avlyst. Dette er imidlertid ikke anført av klager, og klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på forholdet.

(19) Det er ikke opplyst noe om anskaffelsens verdi. Klagenemnda legger derfor til grunn at forskriftens del I og II kommer til anvendelse, uten at dette har betydning for resultatet i saken.

Avlysning av konkurransen

- (20) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse dersom det foreligger en "saklig grunn". Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at det foreligger saklig grunn til avlysning.
- (21) Hvorvidt det foreligger saklig grunn, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. I vurderingen må det tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2003/75. Det skal mindre til for at det foreligger saklig grunn dersom avlysningen foretas i god tid før tilbudsfristens utløp, enn hvor avlysningen foretas etter at tilbudene er innlevert, jf blant annet klagenemndas saker 2007/70 premiss (20) og 2007/71 premiss (31).
- (22) I klagenemndas sak 2003/216 valgte oppdragsgiver, etter å ha mottatt klage på valg av tilbud, å avlyse konkurransen. Klagenemnda fant at oppdragsgiver ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Fra klagenemndas vurdering hitsettes:

"Så langt klagenemnda kan se, er avlysningen av den opprinnelige konkurranse begrunnet med at begge tilbud var uklare på enkelte punkter og manglet dokumentasjon for punktene om håndtering av én operatør og at fargekoding enkelt kunne tilpasses av driftsoperatør.

Det fremgår imidlertid at både administrasjonen og styret opprinnelig mente at dokumentasjonen var tilfredsstillende. Administrasjonen innstilte på at klagers tilbud skulle godtas, mens styret besluttet å velge tilbudet fra EN.

[...]

Klagenemnda finner at innklagede ikke har kunnet redegjøre for hvilken dokumentasjon som har vært etterspurt, eller gi noen rimelig forklaring på den fremgangsmåte som er valgt. Beslutningen om avlysning som følge av manglende dokumentasjon mht håndtering og fargekoding virker ut fra dette usaklig. Klagenemnda mener at avlysningen av den opprinnelige konkurranse var i strid med forskriftens § 10-1 (1)."

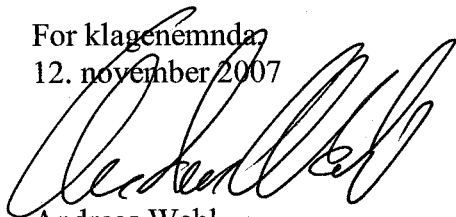
- (23) I brevet av 31. august 2007 ga ikke innklagede noen begrunnelse for avlysningen til leverandørene. Overfor klagenemnda har innklagede begrunnet avlysningen med at konkurransegrunnlaget ikke har vært klart nok, noe som førte til at mottatte tilbud ikke ga tilstrekkelig grunnlag for valg av leverandør i henhold til tildelingskriteriene.
- (24) Det fremgår imidlertid av saksdokumentene at innklagede opprinnelig mente at det kunne foretas en tilbudsevaluering. Etter at kommunestyret i møtet 12. desember 2006 vedtok å utsette saken om valg av tilbud, ble det gjennomført avklaringer med tre leverandører og det ble foretatt en ny evaluering. På bakgrunn av den nye tilbudsevalueringen vedtok formannskapet i møte den 11. juni 2007 å inngå intensjonsavtale med Nord-Trøndelag E-verk. Saken ble referert for kommunestyret 26. juni 2007. Først etter at klager påklagde beslutningen om tildeling gjennom klage til klagenemnda, valgte innklagede å avlyse konkurransen. Dette skjedde ett år etter at leverandørene hadde levert inn tilbud.

(25) Innklagede har ikke dokumentert at de mottatte tilbud ikke ga grunnlag for valg av leverandør. Etter klagenemndas oppfatning er det ikke påvist noen saklig grunn for avlysning. Innklagede har med det brutt forskriftens § 10-1 (1).

Konklusjon:

Nærøy kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1) ved å avlyse konkurransen uten å dokumentere at det forelå saklig grunn for dette.

For klagenemnda
12. november 2007



Andreas Wahl