



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av transport for levering av, og innhenting av, tekstiler fra innklagedes kunder. Klagenemnda fant at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 1. desember 2008 i sak 2008/97

Klager: Ferskvaretransport AS

Innklaget: Hedmark Vaskeri AS

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Magni Elsheim, Siri Teigum,

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse

Bakgrunn:

(1) Oppland Vaskeri AS kunngjorde 19. juli 2007 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for leie av transporttjenester eller leie av biler. Det fremkom ikke av kunngjøringen at anskaffelsen også gjaldt Hedmark Vaskeri AS (heretter kalt innklagede), men det ble gjort klart i konkurransegrunnlaget at innklagede var oppdragsgiver etter den kunngjorte anskaffelsen sammen med Oppland Vaskeri AS. Klager har klaget inn for klagenemnda behandlingen av tilbudet til Oppland Vaskeri AS (klagesak 2008/99)

(2) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.5:

"2.5 Tildelingskriterier.

Tildelingen av avtale vil skje ut fra hvilket av tilbudene som er økonomisk mest fordelaktig ut fra følgende kriterier, kriteriene vektes i henhold til offentlig innkjøpslovgivning:

- *Priser og kostnader, samt prismekanismer/prisreguleringsmekanismer – 50 %*
- *Kvalitet 10 %*
- *Tekniske løsninger 10 %*
- *Drivstofforbruk/miljøprofil 10 %*
- *Service og vedlikehold 10 %*
- *Leveringstid 10 %*

Vi ber tilbyderne å dokumentere eller beskrive disse forholdene.

(3) Da tilbudsfristen løp ut 1. oktober 2007 kl. 12.00 hadde tre leverandører levert tilbud. Blant disse var Ferskvaretransport AS (heretter kalt klager) og Litra AS (heretter kalt valgte leverandør).

(4) Innklagede og Oppland Vaskeri AS informerte klager om valg av leverandør i brev av 15. oktober 2007:

"Vi kan herved meddele at vi har til hensikt å inngå kontrakt med Litra AS.

Vi vurderer det slik at Litra AS hadde det beste anbudet i forhold til pris, kapasitet, gjennomføringsevne og kvalitet.

Klagefrist er 31. oktober 2007."

- (5) Den 1. november 2007 sendte innklagede protokoll fra anskaffelsen, samt vurderingsskjema fra den felles vurderingen med Oppland Vaskeri AS.
- (6) Klager påklaget tildelingsevalueringen i brev av 6. november 2007. I tillegg til å kommentere innklagedes evaluering av klagers tilbud i forhold til tildelingskriteriene kvalitet, tekniske løsninger og leveringstid, påpekte klager at det ikke var anledning til å foreta en felles evaluering med Oppland Vaskeri.
- (7) Innklagede besvarte henvendelsen i brev av 9. november 2007. Det fremkom av brevet at innklagede etter å ha gjennomgått saken på nytt, var kommet til at det var gjort en feil i saksbehandlingen. Innklagede ville derfor vurdere tilbudene på nytt.
- (8) I brev av 13. november 2007 informerte innklagede om at tilbudene nå var evaluert på nytt, og at den nye vurderingen viste at valgte leverandør hadde gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Innklagede ville derfor inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (9) Klager påklaget den nye tildelingsbeslutningen i brev av 19. november 2007.
- (10) Innklagede avlyste konkurransen i brev av 3. desember 2007. Det hitsettes fra brevet:

"Vi har nå revurdert våre beslutninger rundt anbudskonkurransen og kommet fram til at den må avlyses hva Hedmark Vaskeri AS angår. Begrunnelsen for denne avlysningen er at det nå er klart at Hedmark Vaskeri AS må ut av dagens lokaler, og at det nå utredes flere alternative relokaliseringalternativer hvor fusjon med Oppland Vaskeri AS også skal vurderes. Kontraktstiden vil av disse grunner bli vesentlig kortere enn opprinnelig forutsatt.

Ny anbudskonkurranse, med nye forutsetninger for transport ved Hedmark Vaskeri AS, vil bli utlyst snarest mulig, anbyderne fra konkurransen 01 07 vil automatisk få tilsendt nye anbudsdokumenter.

Vi beklager det inntrufne, men disse nye forhold har først blitt klare for oss i etterkant av utlysningen.

- (11) Den 16. oktober 2007 hadde innklagede sammen med Oppland Vaskeri AS sendt ut et informasjonsbrev til selskapenes aksjonærer der det ble informert om at det ville bli foretatt en utredning om bedriftens fremtid. Om bakgrunnen for utredningen ble det uttalt følgende:

"BAKGRUNN FOR KOMMENDE UTREDNINGER

Hedmark Vaskeri AS, som leier lokaler i økonomibygningen på Sanderud, er underforstått med at denne bygningen vurderes revet/omdisponert til fordel for

utbygging av nytt sykehus i løpet av ca 4-5 år. Dette innebærer at Hedmark Vaskeri AS må ut og finne nye lokaler relativt snarlig.

Gjennom de siste 5 årene har begge vaskerier gjennomført store investeringer i maskinpark og tekstiler for å øke produktivitet og sikre servicenivået. Med bakgrunn i effektiviseringen har vaskeriene hatt en reell prisnedgang til sine kunder de siste 3 år. Det gjennomføres årlig benchmarking med andre tilsvarende vaskerier. Styrene er tilfreds med de resultater som benchmarkingen viser. Begge vaskerier har, til tross for prisnedgang, oppnådd meget solide driftsresultater de siste årene.

Til tross for at begge vaskeriene i dag fremstår som veldrevet, konstaterer styrene at kravene til leveranser fra vaskeriene til kundene er under endring. Dette gjelder både krav til hygiene, og utviklingen i behandling av tekstiler. Indikasjonene peker derfor mot større grad av spesialisering av anleggene. Med denne bakgrunn, og at Hedmark Vaskeri AS må fraflytte sine lokaler ønsker styrene å foreta en utredning om framtidig selskapsstruktur, produksjonskapasitet og lokalisering av vaskeriene.”

- (12) Saken ble klaget inn for klagenemnda i brev av 14. juni 2008 og brev av 15. juni 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Fristen for å klage saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser er ikke løpt ut. Klager forholder seg til at innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 29. februar 2008. Ettersom regelverket ikke oppgir frister for å klage når en konkurranse er blitt avlyst, og særlig i et tilfelle hvor en ny konkurranse har ført til kontraktstildeling umiddelbart etterpå, mener klager det må være korrekt å forholde seg til kontraktstidspunktet i den påfølgende konkurransen.
- (14) Subsidiært anføres at innklagede på forhånd ble informert om at klage var under utarbeidelse, og ville bli oversendt. Ut fra at klager ble skriftlig informert om avlysningsbeslutningen 11. desember 2007 utløper klagefristen i tilfelle 11. juni 2008. Fristen er dermed oversittet med to virkedager, noe som i denne sammenheng må vurderes å være uten betydning.
- (15) Det forelå ikke en saklig grunn til å avlyse konkurransen som ikke kunne forutses av innklagede før konkurransen ble utlyst. Det er ingen ny problemstilling at det arbeides med planer for endret anvendelse av området der innklagede holder til, slik at virksomheten har risiko for å måtte flytte. Påstanden om at innklagede først ble kjent med lokaliseringsdebatten 15. oktober 2007 fremstår som lite troverdig. Slik innklagede er organisert må styret og administrasjonen ha hatt kjennskap til saken før den ble tatt opp som drøftingssak på styremøtet. Dagen etter styremøtet ble det også sendt ut et informasjonsbrev der det fremkommer rimelig klart at dette er en prosess som har aktualisert seg over tid. Det er heller ikke en ny debatt at det på grunn av at Sykehuset Innlandet HF, som eier 85 % av innklagede, også eier 80 % av Oppland Vaskeri AS kan være aktuelt å slå disse virksomhetene sammen for å etablere en større vaskeri enhet. Innklagedes styreformann har tidligere utarbeidet et notat der det tydelig fremkommer at det er et langt tidsperspektiv på flytting eller samlokalisering, men at innklagede vil påbegynne et utredningsarbeid i saken innen kort tid. At en eventuell relokalisering ligger langt frem i tid fremgår også av brev fra innklagede til Ringsaker kommune av 21. november 2007.

- (16) Innklagedes behov for anskaffelse av tjenestene hadde heller ikke endret seg siden konkurransen ble lyst ut. Innklagede lyste kort tid etter avlysningen ut en ny konkurranse. Denne var basert på nøyaktig samme "*hovedingredienser*" som den avlyste konkurransen. Den eneste vesentlige forskjellen var at det i stedet for en avtaleperiode på tre år nå ble lyst ut en avtaleperiode på 1 + 1 + 1 år. Klager avsto fra å delta i den nye konkurransen. På grunn av konflikten rundt gjennomføringen av den første konkurransen, oppfattet klager det slik at det ville være vanskelig å få til et godt samarbeid med innklagede dersom klager skulle vinne den nye anbudskonkurransen.
- (17) Etter klagers mening ville heller ikke muligheten for fusjon med et annet selskap endre innkjøpsbehovet eller den faktiske stillingen. Avtaleforholdet kunne blitt videreført under det fusjonerte selskapet. Effekten av en eventuell flytting under avtaleperioden kunne dekkes inn de reguleringsklausuler som følger av konkurransegrunnlaget og tilbudet.
- (18) Oppdragsgivers interesse i å avlyse må også avveies mot leverandørenes interesse i at konkurransen fortsetter. På bakgrunn av det som er nevnt over om innklagedes innkjøpsbehov, må leverandørenes interesse i at konkurransen fortsetter veie tyngre enn innklagedes interesse i å avlyse.
- (19) Uansett skal avlysning skje så snart som mulig. Avlysningsbeslutningen ble i dette tilfellet først bekjentgjort muntlig 4. desember 2007. Det var da gått mer en fire måneder siden konkurransen ble kunngjort, og mer en to måneder siden tilbudsfristen løp ut. I tillegg var det gått cirka syv uker fra det tidspunkt innklagede har innrømmet å ha blitt kjent med avlysningsgrunnen.
- (20) Slik innklagede har håndtert evalueringsprosessen er vesentlige detaljer fra tilbudene blitt kjent for klager, og det må legges til grunn at andre tilbydere kan ha fått tilgang til tilsvarende informasjon. Innklagede har da et særlig aktsomhetskrav i forhold til det å avlyse konkurransen for siden å gjøre en tilsvarende anskaffelse.
- (21) Det bes om at klagenemnda vurderer om klager har krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. Klager var innstilt på å gjennomføre oppdraget etter den første anbudskonkurransen. Etter klagers mening fremsto det etter hvert som rimelig klart at kontraktstildeling måtte skje til fordel for klager.
- (22) Subsidiært bes det om at klagenemnda vurderer om det er erstatning for den negative kontraktsinteressen. Innklagede poengterte at oppdraget måtte påbegynnes senest ved årsskiftet 2007/2008, hvilket utgjorde en svært kort frist for oppstart. Leverandørene av utstyr som var nødvendig for utførelse av oppdraget har lenge operert med lange leveringstider for nytt materiell. For å unngå å komme i en situasjon der klager ikke var i stand til å etterleve påtatte forpliktelser, måtte klager derfor foreta disposisjoner for å etablere nødvendig transportkapasitet til å utføre oppdraget. Bant annet måtte innklagede avstå fra å levere lastebiler i innbytte ved kjøp av nytt transportmateriell til klagers øvrige virksomhet. Dette medførte at klager senere solgte lastebilene med tap i forhold til forventet innbyttepris. Klager fikk også reservere kjøretøy som var klar for levering hos Norsk Scania AS, men måtte senere betale kompensasjon til dem for kapitalbindingen. Klager har også blitt påført tap ved at det er utført mye arbeid med å

forberede innkjøpsprosessen av nytt materiell. Ved avlysningstidspunktet hadde klager kjøpsavtaler nærmest ferdig fremforhandlet.

- (23) Klager har også anført at det er begått flere feil ved gjennomføringen av konkurransen. Disse anførselene er ikke gjengitt på grunn av sakens resultat.

Innklagedes anførsler:

- (24) Klagen må avvises som for sent innkommet. Det fremgår av klagenemndsforordningen at klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt er inngått. I dette tilfellet ble konkurransen avsluttet ved avlysning, og kontrakt er derfor ikke inngått. Etter innklagedes mening må klagenemndsforordningen i slike tilfeller forstås slik at klage må fremsettes innen seks måneder etter avlysningsbeslutningen. Konkurransen ble i dette tilfellet avlyst ved brev av 3. desember 2008. Klagen på gjennomføringen av konkurransen er imidlertid datert 14. juni 2008, og klagen på avlysningsbeslutningen er datert 15. juni 2008. Det er ikke riktig, slik klager hevder, at klagefristen utløses av den andre konkurransen. Konkurransene skal regnes som to adskilte konkurranser selv om de gjelder den samme anskaffelsen.
- (25) Klagers subsidiære anførsel vedrørende klagefristen kan heller ikke tas til følge. Fristen for å klage må anses å være absolutt og ufravikelig, det har ikke betydning hvor mange virkedager fristen eventuelt er oversittet med.
- (26) Innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Bakgrunnen for avlysningen er at innklagede på et styremøte 15. oktober 2007, etter at tilbudsfristen var løpt ut, ble kjent med opplysninger om en mulig fusjon mellom innklagede og Oppland Vaskeri AS. På styremøtet ble det bestemt at spørsmålet om fusjon skulle avgjøres på styremøte 19. november 2007. Endelig avgjørelse ble likevel ikke tatt på dette møtet, men drøftelsene tydet på at det ville bli satt i gang endringer allerede før påsken 2008. Rekkevidden av de nye opplysningene kom overraskende på innklagede, og førte til at innklagede ikke lenger kunne binde seg opp mot avtaler i lenger tid. Etter å ha foretatt en fortløpende vurdering av situasjonen, bestemte innklagede seg 3. desember 2007 for å avlyse konkurransen.
- (27) Innklagede hadde imidlertid fortsatt behov for transporttjenester, og lyste ut ny konkurranse i slutten av desember 2007. Det som skilte konkurranse nr. 2 fra konkurranse nr. 1 var i første rekke avtaleperioden. I konkurranse nr. 1 var denne satt til 3 år. I konkurranse nr. 2 var den imidlertid satt til 1 + 1 + 1 år på grunn av usikkerheten rundt fremtiden.
- (28) For øvrig har klager bare fremsatt synsing og ubegrunnede påstander vedrørende avlysningen av konkurransen og begrunnelsen for denne, og innklagede kommenterer ikke disse. Innklagede er en profesjonell part, som har behandlet alle parter i saken likt.
- (29) Da klager straks etter utlysning av ny konkurranse kom med omfattende spørsmål til denne, er innklagede overrasket over klagers indikasjon om at klager aldri hadde til hensikt å delta i denne. Klagers kommentar om at det ville bli vanskelig å samarbeide godt dersom klager vant den nye konkurransen er irrelevant, da innklagede er profesjonell både i forhold til prosessen og tilbyderne.

- (30) Utgiftene klager har hatt med å utarbeide tilbudet kan ikke pålegges innklagede. Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 2.13.
- (31) Disposisjoner klager eller andre tilbydere velger å foreta i denne prosessen er likegyldig for innklagede. En annen løsning vil føre til at enhver tilbyder som ikke vinner en anbudskonkurranse i ettertid kan komme med krav mot oppdragsgivere for de disposisjonene tilbyder har valgt å gjøre for å kunne inngi tilbud. Tilbyder må selv vurdere ut fra egne økonomiske og materielle rammer, sammenholdt med etterspurt omfang om han anser seg i stand til å inngi tilbud i den aktuelle anbudskonkurransen. Vi viser også til at det i dette tilfellet ble utlyst ny konkurranse få dager etter avlysningen. Denne konkurransen valgte klager å ikke inngi tilbud i.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Saken gjelder anskaffelse av transporttjenester, eventuelt leie av biler, for utkjøring og innhenting av tekstiler. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.

Klagefrist

- (33) Innklagede har anført at klagen ble fremsatt mer enn seks måneder etter at konkurransen ble avlyst, og at den derfor må avvises fra behandling i klagenemnda. Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 (klagenemndsforordningen) § 6 2. ledd 2. punktum at "*[k]lage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver*".
- (34) I dette tilfellet ble konkurransen avsluttet ved at innklagede avlyste den i brev av 3. desember 2007. Klager har sendt inn to klager, én på beslutningen om å avlyse konkurransen og én på innklagedes saksbehandling før konkurransen ble avlyst. Klagen er datert 14. juni 2008 og 15. juni 2008, altså mer enn seks måneder etter avlysningen.
- (35) Spørsmålet blir da om klagenemndsforordningen § 6 2. ledd må tolkes slik at fristen for å sette frem klage for klagenemnda er seks måneder fra avslutningen av konkurransen, uansett om dette skjer ved inngåelse av kontrakt, avlysning av konkurransen eller totalforkastelse av tilbudene. En slik tolkning omfattes ikke av ordlyden, som knytter klagefristen til kontraktsinngåelse. Selv om gode grunner kunne tale for å la klagefristen i § 6 2. ledd gjelde tilsvarende, antar klagenemnda at man må ha holdepunkter i andre rettskilder for å anvende en såvidt bestemmende fristbestemmelse som dette analogisk i forhold til avlysningstidspunktet. Slike holdepunkter kan klagenemnda ikke se at vi har, verken i forarbeidene til forordningen eller i praksis.
- (36) Regelverket antas således ikke å sette noen bestemt frist for fremsettelse av klage i tilfeller der konkurransen blir avsluttet på annen måte enn ved inngåelse av kontrakt. Spørsmålet blir da om det er gått så lang tid fra konkurransen ble avsluttet til det er klaget til klagenemnda at klager ikke lenger kan anses å ha rettslig interesse i å få klagen behandlet, jf. klagenemndsforordningen § 6 2. ledd 1. punktum. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.
- (37) I dette tilfellet var det gått seks måneder og to uker fra avlysningen av konkurransen. I tillegg hadde innklagede fortsatt anskaffelsesprosessen ved å lyse ut ny konkurranse kort

tid etter at den opprinnelige konkurransen ble avlyst. Innklagede hadde også gjennomført konkurransen sammen med Oppland Vaskeri AS. For Oppland Vaskeri AS' vedkommende ble konkurransen ikke avlyst, men kontrakt ble inngått med valgte leverandør 31. januar 2008, og fristen for å påklage gjennomføringen av konkurransen i forhold til denne oppdragsgiveren var således ikke løpt ut da klagen ble sendt. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at klager har saklig klageinteresse i å få sin klage behandlet av nemnda.

Avlysning av konkurransen

- (38) Det følger av forskriften § 22-1 (1) at oppdragsgiver *"kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn"*.
- (39) Denne bestemmelsen innebærer at konkurransen kan avlyses dersom det objektivt sett foreligger en saklig grunn til det, jf. klagenemndas sak 2008/60. Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt, må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering der det tas hensyn til omstendighetene som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 s. 473 og klagenemndas saker 2008/60 premiss 29 og 2008/78 premiss 60.
- (40) I dette tilfellet har innklagede begrunnet avlysningen med at innklagede måtte flytte fra sine lokaler, og at det derfor ble utredet flere alternative relokaliseringalternativer, deriblant fusjon med Oppland Vaskeri AS. Det fremgår av notat til aksjonærene av 16. oktober 2007 at innklagede *"må ut og finne nye lokaler relativt snarlig"*. Innklagede har anført at selskapet ikke kunne binde seg til en kontraktsperiode på tre år med opsjon på ett år slik det fremgikk av konkurransegrunnlaget. Dette støttes av at innklagede kort tid etter avlysningen lyste ut en ny konkurranse der kontraktsperioden var angitt til 1 + 1 + 1 år. Klagenemnda anser nye planer om relokalisering og planer om fusjon av de to selskapene som en objektiv grunn til avlysning. Klagenemnda mener dessuten at det ville være uhensiktsmessig for innklagede å inngå kontrakt basert på de tilbudene som kom inn i den opprinnelig kunngjorte konkurransen siden tilbudene var basert på og dermed priset ut fra en bestemt lokalisering av vaskeriet. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at det foreligger en saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (41) Det kan spørres om avlysningen ble meddelt klager tidsnok i hht. kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 (1). Klager ble informert om avlysningen i brev av 3. desember 2007, mens innklagede fikk kjennskap til avlysningsgrunnen 15. oktober 2007. Innklagede har vist til at spørsmålet om fusjon med Oppland Vaskeri AS skulle avgjøres på styremøte 19. november 2007, men at dette likevel ikke skjedde. Klagenemnda forstår dette slik at innklagede ville avvente en endelig avklaring av situasjonen før konkurransen ble avlyst, og klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at kravet til god forretningsskikk er brutt.
- (42) På grunn av sakens resultat tar klagenemnda ikke stilling til klagers anførsler vedrørende gjennomføringen av konkurransen. Klagenemnda finner heller ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda,
1. desember 2008

Magnus Elsheim