



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Bjerkan Stav ANS
Att: Advokat Odd Gunnar Hammernes
Fjordgata 43
7010 TRONDHEIM
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2010/0351-27

Dato:
16.08.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 8. desember 2010 vedrørende anskaffelse av drift av bompengeanlegget for Bomringen i Bergen. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er delvis at klagen klart ikke kan føre fram, og delvis at sekretariatet ikke finner grunn til å fremme saken for behandling i klagenemnda utelukkende for å behandle spørsmålet om erstatning, jf. klagenemndsforskriften § 12 (2) og (3). Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Sekretariatets vurdering:

Saken gjelder en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drift av bompengeanlegget for Bomringen i Bergen. Konkurransen ble kunngjort 5. juli 2010. Konkurransen hadde vært utlyst tidligere i mars 2010, men ble avlyst i april 2010 som følge av tvil om hvorvidt konkurransegrunnlaget var i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Den foreliggende klagen gjelder den andre anbudskonkurranse.

I konkurransegrunnlagets punkt A.2 fremgikk at kontraktens varighet var fra 1. april 2011 til 31. desember 2015. Videre fremgikk at det var konsesjon for å kreve inn bompenger frem til 31. desember 2015, og at "*Hvis konsesjon for videre innkreving ikke blir forlenget er det en opsjon på 3, 6, 9 eller 12 måneder for avslutning av regnskap etc.*"

Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt A.3 at anskaffelsen var regnet som en uprioritert tjeneste i kategori 27, og at anskaffelsens verdi var anslått til å være over terskelverdiene. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 (5) og 2-2 (1).

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt B5. Etter underpunkt 1 skulle pris vektas med 70 % på bakgrunn av priser angitt i prisskjema, vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget. Videre fremgikk at *"Alle opsjoner blir vektet med 50 % sannsynlighet"*. I konkurransegrunnlagets punkt C.9 *"Priser"* fremgikk det under *"Opsjon"* at det var aktuelt med *"- Opsjon på 3, 6 eller 12 mnd hvis konsesjon om innkreving av bompenger ikke blir forlenget etter 31. desember 2015, for avslutning av regnskap etc."*

Innklagede mottok tilbud, fra Vegamot AS (heretter kalt klager) og Bro- og Tunnelselskap AS (heretter kalt valgte leverandør). Klager har deltatt i konkurransen, og har dermed saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Tilbyderne ble ved brev datert 5. oktober 2010 meddelt at konkurransen ble avlyst, da innklagedes styre, i møte 29. september 2010, hadde vedtatt å avlyse konkurransen og at *"Konkurransegrunnlagets feil (opsjonen for forlengelse av bompengerperioden i 2016 med tanke på avslutning) rettes opp"*. Det ble vist til at Stortinget vedtok 10. juni 2010 å forlenge bompengerperioden til 31. desember 2025 for å finansiere byggetrinn 2 i Bergensprogrammet. Da det var klart at opsjonen kun var aktuell dersom Stortinget ikke forlenget bompengerperioden, gav det nå *"ingen mening"* å etterspørre pris på avslutning av bompengerprosjektet for månedene etter 31. desember 2015.

Klager har anført at innklagede ikke hadde *"saklig grunn"* til å avlyse konkurransen.

Til støtte for sitt synspunkt har klager prinsipalt hevdet at opsjoner er usikre per definisjon, og det er fremhevet at opsjonen i klagers tilbud utgjorde under 1,5 % av den sum som skulle sammenliknes. Subsidiært har klager hevdet at innklagede var klar over Stortingets vedtak da konkurransen ble utlyst 5. juli 2010, og at innklagede dermed skulle endret konkurransegrunnlaget før utlysningen, og uansett før tilbudene ble åpnet.

Det fremgår av forskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en *"saklig grunn"*. I klagenemndas praksis er det lagt til grunn at det må foreligge en objektiv sett saklig grunn for avlysning, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/135 og 2008/216 premiss (39). Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt beror på en helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 side 473, Rt. 2007 side 983, sml. klagenemndas saker 2008/60 premiss (29) og 2008/216 premiss (34).

Innklagede har forklart at innklagede var kjent med Stortingets vedtak, og at opsjonsalternativet ved en inkurie ble hengene igjen fra et tidligere konkurransegrunnlag. Innklagede ble rådet til å avlyse konkurransen, da feilen var av en slik karakter at tilbydere med kunnskap om Stortingets vedtak kunne spekulere i å prise opsjonen svært lavt, da opsjonen aldri ville bli benyttet.

I det foreliggende tilfellet har innklagede erkjent å ha gjort feil ved at konkurransegrunnlaget ikke ble endret før utlysning. Etter konkurransegrunnlaget skulle opsjoner fortsatt evalueres, selv om det var klart at opsjoner aldri ville bli benyttet. I et slikt tilfelle har det ikke betydning at opsjoner er usikre av natur, da pris på opsjoner uansett skulle evalueres med 50 % sannsynlighet ved tildelingsevalueringen. Som følge av feilen kom innklagede i en situasjon hvor tilbydere med kunnskap om Stortingets vedtak kunne spekulere i å prise opsjonene i

tilbudet svært lavt, og på denne måten oppnå bedre poengsum. Denne begrunnelsen er tilstrekkelig til å slå fast at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagers anførsel kan dermed klart ikke føre frem.

Klager har bedt om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning er tilstede, både for den negative og den positive kontraktsinteresse. Det vises til at avlysningen beror på kvalifisert uaktsomhet eller forsett fra innklagede. Videre har klager hevdet at klager hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og at innklagede var klar over dette på avlysningstidspunktet.

Etter klagenemndsforordningen § 12 (2) og (3) har klagenemnda en rett, men ingen plikt, til å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt. I praksis er klagenemnda varsom med å uttale seg om spørsmålet om erstatning, da sakene ofte ikke er tilstrekkelig opplyst og nemnda dermed ikke har et forsvarlig grunnlag for å uttale seg om hvorvidt vilkårene er oppfylt. Klagenemndas tidligere leder uttalte i sak 2011/27 at:

"Klagenemnda befatter seg dessuten vanligvis ikke med erstatningsspørsmål, jf klagenemndsforordningen § 12, annet og tredje ledd. Et eventuelt erstatningsansvar vil bero på svært mange andre forhold som uansett ligger utenfor klagenemndas kompetanse. Klagers interesse for erstatningsspørsmålet alene kan derfor ikke forsvare at nemnda bruker tid på en realitetsbehandling av denne saken."

Tilsvarende vil slike forhold også kunne være av betydning ved vurderingen av innklagedes erstatningsansvar i den foreliggende sak. Sekretariatet finner derfor ikke grunn til å fremme saken for behandling i klagenemnda utelukkende for å behandle spørsmålet om erstatning.

Ettersom sekretariatet har funnet at anførselen om manglende saklig grunn til avlysning klart ikke kan føre fram, avvises saken som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Jonn Sannes Ramsvik
gruppeleder (e.f.)

Linn Håland Vetaas
rådgiver

Kopi til:

Bergen
Bompengerselskap
AS

Postboks 7700

5020 BERGEN

Norge