



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har kunngjort en anbudskonkurranse vedrørende vintervedlikehold av kommunale veier, som ble avlyst. Klager var eneste tilbyder. Klagenemnda fant at innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen som følge av at tilbudet lå utenfor den økonomiske rammen. Klagenemnda fant imidlertid at innklagede hadde brutt forskriften § 20-16 (2) bokstav d ved ikke å ha gitt skriftlig melding snarest mulig til klager etter at beslutning om avlysning ble tatt. Ny anskaffelse vedrørende snøbrøyting/sandstrøing av kommunale veier ble annonsert i lokalavisen, i tillegg til at tilbudsinvitasjon ble sendt til potensielle leverandører. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 14-4 bokstav b ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ettersom det var foretatt vesentlig endring av kontraktsvilkår i konkurranse nr. 2 sammenholdt med konkurranse nr. 1. Som følge av dette fastslo klagenemnda at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, men etter en konkret helhetsvurdering av konkurranse nr. 2 og omstendighetene rundt denne, fant klagenemnda ikke grunn til å ilegge gebyr. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2010 i sak 2010/7

Klager: Mesta Drift AS

Innklaget: Ballangen kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Tone Kleven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse. Vilkår for å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

Bakgrunn:

- (1) Ballangen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. april 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende vintervedlikehold av kommunale veier. Anskaffelsens verdi er oppgitt til mellom 4 – 5 millioner norske kroner jf. kunngjøringens punkt II.2.1). Tilbudsfrist var 28. mai 2009. Kontraktens varighet var oppgitt til perioden 1. oktober 2009 til 1. mai 2013, jf. kunngjøringens punkt II.3).
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.5 "Tilbudsvurdering" fremgår det at kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "Honorar/timepris/utgifter" og "Tilbudt utstyr, kvalitet, egnethet".
- (3) I kunngjøringsteksten punkt II.1.8) er det angitt at kontrakten ikke vil bestå av delarbeider og/eller delleveranser. I konkurransegrunnlaget punkt 2.10 "Deltilbud" fremgår det allikevel at deltilbud aksepteres.
- (4) Innenfor tilbudsfristens utløp mottok innklagede kun tilbud fra Mesta AS (heretter kalt klager).

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

- (5) I et internt møte 23. juni 2009 hos innklagde, hvor rådmannen, teknisk sjef og formann for teknisk drifts- og vedlikeholdsavdeling deltok, ble klagers tilbud evaluert.
- (6) Innklagede v/rådmannen meddelte per telefon til klager 24. eller 25. juni 2009 at konkurransen var avlyst.
- (7) Innklagede v/teknisk sjef avholdt et drøftingsmøte med klager 30. juni 2009. Senere samme dag sendte klager e-post til teknisk sjef, hvor det fremkommer følgende:

"Etter møtet hos dere i dag har vi vurdert en evt effekt av å redusere beredskapsperioden til å gjelde fra 15/11-31/3. Vi har både vurdert vårt eget opplegg og hatt kontakt med de som er aktuelle å leie inn tjenester fra. Konklusjonen av dette er at det ikke er noe å hente økonomisk på å redusere beredskapsperioden

[...]

Vi ber om å bli orientert så snart som mulig når det måtte foreligge en avgjørelse i saken."

- (8) I innklagedes protokoll av 1. juli 2009, som er signert av teknisk sjef, er det angitt følgende årsak til at innklagede avlyser konkurransen: *"Ballangen kommune har mottatt kun 1-ett tilbud, dette ligger utenfor økonomisk ramme"*.
- (9) Innklagede v/teknisk sjef sendte e-post til klager 14. juli 2009, hvorfra følgende refereres:

"Jeg viser til drøftelser omkring vintervedlikehold av komm. veger i Ballangen mellom Mesta as og kommunen den 30. juni ved Ballangen rådhus.

Ballangen kommune inngår herved kontrakt med Mesta AS om vintervedlikehold av kommunale veger, slik Mesta AS har tilbudt kommunen i brev av 27. mai 2009.

Jeg poengterer at det kan bli nødvendig å redusere omfanget av tjenesten i perioder ut i fra kommunens økonomi og politiske prioriteringer.

1-sett kontraktsdokumenter sendes Mesta AS herfra med post i løpet av noen dager til underskrift."

- (10) I e-post av 20. juli 2009 fra innklagede v/rådmannen til klager, fremgår følgende:

"Jeg er akkurat kommet tilbake fra ferie. Jeg ble før ferien oppringt av en representant fra Mesta AS og jeg gjorde da rede for at Ballangen kommune IKKE ville anta tilbud som mottatt på utlyst konkurranse. Prisen var altfor høy og bar preg av utnyttelse av Mestas monopol i kommunen. Såfremt ikke Mesta har avgitt tilbud som jeg som rådmann ikke har fått kunnskap om, så trekkes aksepten fra Ballangen kommune tilbake. Teknisk sjef har her gått ut over sine fullmakter/handlet mot omforent løsning avtalt mellom ham selv, formann teknisk drifts- og vedlikeholdsavdeling og meg som rådmann

Ballangen kommune vil søke annen løsning på sitt vintervedlikehold herunder å drifte angjeldende roder i egen regi."

- (11) Ny anskaffelse vedrørende snøbrøyting/sandstrøing av kommunale veger i Ballangen kommune, ble annonsert i lokalavisen 8. august 2009. Avtalen ble opplyst å ville bli inngått for en periode på 3 år. Tilbudsfrist var 1. september 2009. Det var oppgitt at leverandører kunne kontakte innklagede v/teknisk enhet for nærmere opplysninger om hvilke roder det ønskes tilbud på.
- (12) I brev av 10. august 2009 fra innklagede v/rådmannen ble det gitt skriftlig advarsel til teknisk sjef for å ha gått imot rådmannens avgjørelse om å avvise tilbudet fra klager.
- (13) Klager sendte 11. august 2009 en e-post til innklagede v/teknisk sjef og rådmannen, hvorav følgende refereres:

"I e-posten fra rådmannen den 20.07 trekkes bestillingen av oppdraget tilbake, men vi oppfatter ikke at saken er avgjort eller at tilbudskonkurransen er avsluttet. Vi registrerer imidlertid nå at oppdraget er lyst ut på nytt, og vi har følgende spørsmål:

- 1. Er den forrige anbudskonkurransen avsluttet, og er det evt gitt beskjed til oss om dette?*
- 2. Gjelder vårt tilbud datert 27.05.09 også for den sist utlyste konkurransen, eller må vi levere nytt tilbud for denne?"*

- (14) I innklagedes brev av 12. august 2009 ble interesserte leverandører invitert til å inngi tilbud i den nye konkurransen. Det var ikke opplyst hvilken anskaffelsesprosedyre anskaffelsen skulle gjennomføres etter. I invitasjonen var det heller ikke opplyst hvorvidt valg av tilbud skulle skje ut i fra det økonomisk mest fordelaktige tilbudet eller kun basert på laveste pris. Invitasjonen inneholdt derimot en oversikt over de kommunale veiene med inndeling etter de ulike stedene i kommunen.
- (15) I e-post av 2. september 2009 fra innklagede v/rådmannen til klager, fremkommer følgende:

"Vi kan ikke akseptere Deres tilbud rett og slett fordi det er for høyt (ca 500 000 over budsjett etter det jeg har fått opplyst).

Dersom dere ønsker at tilbudet skal tas med i annen runde, så er det OK for oss. Resultatet vil imidlertid bli det samme. Dersom vi ikke finner det forsvarlig å anta de innkomne tilbudene, så vil vi sørge for brøyting i egen regi.

Vi aksepterer heller ikke en 7 måneders brøytesesong (oktober t.o.m april). Vi vil basere oss på en 5 måneders sesong (november-mars).

Det medfører heller ikke riktighet at "Interne fullmaktsforhold avtalt mellom rådmann og teknisk sjef ikke er videreformidlet til Mesta på noe tidspunkt og kan ikke tillegges vekt".

Jeg meddelte Mesta (sannsynligvis ved Dem) på telefon den 24. juni eller 25. juni 2009 at vi hadde tatt en bestemmelse om å takke nei til Deres tilbud på brøyting og jeg ga Dem grunnene hertil".

- (16) I innklagedes protokoll av 24. september 2009 vedrørende konkurranse nr. 2, som er signert av teknisk sjef, fremgår det at innklagede mottok syv tilbud innenfor

tilbudsfristens utløp i tillegg til klagers tilbud fra konkurranse nr. 1. Videre fremgår det at en leverandør er valgt ut i fra laveste pris, og at det vil bli gjennomført forhandlinger med to andre tilbydere for å få prisene ned på nivå med den billigste.

- (17) Innklagede meddelte valg av leverandører i brev av henholdsvis 28. september 2009 og 8. oktober 2009 til Elvenes Transport & Maskin AS, Larsen Skogentreprenør og Kalle Samuelson.
- (18) Innklagede oversendte protokollen i konkurranse nr. 2 til alle tilbyderne i brev av 15. oktober 2009.
- (19) Avgjørelsen ble påklaget til innklagede i brev av 30. oktober 2009.
- (20) Innklagede opprettholdt avgjørelsen i brev av 16. november 2009, hvorfra følgende refereres:

"1. Høy pris

Ballangen kommune har budsjettert med samme sum for hvert år i perioden 2009-2012, nemlig kr 1.200.000,-. Dette beløpet skal dekke så vel kommunens egne kostnader med brøyting av Ballangen sentrum (tettsted) som de ca 60 km (60718 meter nøyaktig) med kommunal vei som det ble innhentet tilbud for brøyting av i regi av private tilbydere.

Deres tilbuds viktigste komponenter ga en økning i beredskapsgodtgjørelsen fra kr 6.900 kr/km til kr 12.200 kr/km en økning på hele 76,8 % eller kr 321.805.

Kostnaden for faktisk brøyting per km økte fra gjeldende kontrakt på kr 28,75 til kr 34,00 per km eller med 18,3 %. Her er det vanskeligere å beregne kostnadsøkningen i kroner og øre på grunn av ukjent snøfall vinteren 2009-2010.

En økning i de faste kostnadene på 76,8 % kan jeg som rådmann verken akseptere eller forsvare ovenfor kommunestyret – og tilbudet ligger langt utenfor vår kostnadsramme.

2. Fullmakter til teknisk sjef

Når jeg meddelte Deres firma på telefon den 23. eller 24. juni 2009 at vi hadde bestemt oss for å takke nei til Deres tilbud, så burde dette være enkelt å skjønne. [...].

Det som er beklagelig i denne saken er at teknisk sjef så innkaller til møte med Deres firma og så "forhandler" uten å oppnå noe som helst, og at han i e-post av 14.07.2009- da jeg var på ferie – takker ja til Deres firmas tilbud. Heldigvis oversender han ingen kontrakt til Deres underskrift.

Straks jeg var hjemme fra ferie og ble gjort oppmerksom på fadesen, så fikk Deres firma klar beskjed om at vi ikke hadde antatt Deres tilbud, men at teknisk sjef hadde gått langt ut over sine fullmakter og mot en omforent løsning.

Jeg kan bare beklage det inntrufne, men samtidig vil jeg få beklage at Mesta her la opp til en spillsituasjon ved å sette teknisk sjef opp mot rådmannen. Vår felles konklusjon var som sagt meddelt Deres firma alt den 23. eller 24. juni 2009.

3. Likebehandling

De hevder at tilbyderne i runde 2 ikke ble behandlet likt og at de satt på ulik informasjon. Dette medfører ikke riktighet. Ingen tilbyder hadde fått noen annen informasjon enn sine konkurrenter. Dersom vi ikke hadde fått tilbudet fra Elvenes Transport og Maskin AS, så ville vi sannsynligvis ha takket nei til de fleste tilbudene og kjørt brøytingen i egen regi. Det er riktig at der har vært ført forhandlinger med 2 av tilbyderne for å få de ned på ETMs sitt prisleie. Dette har da også lyktes i og med at alle beredskapstilleggene er endt på kr 7.000 per km basert på 5 måneders beredskap.

På spørsmål fra Deres firma ble det bekreftet fra min side at Deres første tilbud fikk være med i runde 2 noe det også var uten å nå opp.

Lov om offentlige anskaffelser sier for øvrig i § 22-2 Kriterier for valg av tilbud

(1) Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.

Ballangen kommune har valgt det tilbudet som har den laveste prisen. ”

- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 12. januar 2010.
- (22) Kontrakt mellom innklagede og Elvenes Transport & Maskin AS, som er valgte leverandør for rodene 1-7 og 14-30, ble signert 1. november 2009. Kontrakt mellom innklagede og Larsen Skogentreprenør, som er valgte leverandør for rodene 8, 9 og 10, er signert 12. oktober 2009. Kontrakt mellom innklagede og Kalle Samuelsen, som er valgte leverandør for rodene 11, 12 og 13, ble også signert 12. oktober 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

1. Feil ved konkurranse nr. 1

1.1 Hvorvidt det foreligger saklig grunn for avlysning

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 22-1 (1) ved ikke å ha saklig grunn for å avlyse konkurransen som følge av at tilbudet var for dyrt.
- (24) Det vises til at klager var kvalifisert til å delta i konkurransen, og det foreligger ikke andre grunner til at klagers tilbud skulle blitt avvist. Når avlysningen er protokollert over 1 måned etter tilbudsfristens utløp, hever det terskelen for hva som anses som saklig grunn. Innklagede har ikke opplyst noe om budsjetterrammer i konkurransegrunnlaget, og det er heller ikke tatt noen forbehold knyttet til tildeling av oppdraget. Statens vegvesen gir hvert år ut statistikk med oversikt over kostnader for vinterdrift av veier, som er offentlig tilgjengelig. Det kan ikke være overraskende at tilbudene i angjeldende anskaffelsesrunde ville være høyere enn det var ved forrige tildelingsrunde i 2005. Økningen overstiger ikke det innklagede burde ha hensyntatt ved budsjetteringen av kontrakten.
- 1.2 Totalforkastelse av klagers tilbud*
- (25) Det anføres at innklagede ikke hadde saklig grunn for å forkaste klagers tilbud. Ved totalforkastelse er det ikke aktuelt å stanse konkurransen før etter at tilbudene er kommet inn. For øvrig vises det til samme forhold som ovenfor under punkt 1.1.

1.3 Manglende varslings og begrunnelse

(26) Innklagede har brutt forskriften § 20-16 (2) bokstav d ved ikke å ha gitt "skriftlig melding snarest mulig med en kort begrunnelse" når konkurransen ble avlyst. I vilkåret "snarest mulig" ligger det at innklagede skal sende ut begrunnelsen samme dag beslutningen tas, og i alle fall i løpet av noen dager. Klager fikk melding per e-post 20. juli 2009 om at konkurransen var avlyst. Protokollen, som er datert 1. juli 2009, ble først oversendt klager 5. november 2009. Begrunnelsen i protokollen var ikke tilstrekkelig til at klager kunne vurdere om vilkårene for avlysning var oppfylt.

1.4 Hvorvidt kontrakt er tildelt klager

(27) Det anføres at innklagede ikke har adgang til å annullere beslutningen om tildeling av kontrakt, som ble tildelt klager i e-post av 14. juli 2009 fra innklagede v/teknisk sjef, jf. forskriften § 22-3 (2). Teknisk sjef fremstår som legitimert ved å ha underskrevet på tilbudsinnbydelsen og ved å stå oppført som kontaktperson for innklagede. Klager var i god tro vedrørende teknisk sjef sin legitimitet.

1.5 Erstatning

(28) Dersom innklagede ikke hadde begått feilene, ville klager som eneste tilbyder fått oppdraget. Feilen om ikke å tildele kontrakt er vesentlig. Vilket for positiv kontraktsinteresse er oppfylt.

2. Feil ved konkurranse nr. 2

2.1 Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

(29) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved ikke å ha kunngjort konkurranse nr. 2 i henhold til forskriften § 18-3. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/119, hvor det fastslås at annonsering i lokalavis utgjør et forskriftsbrudd.

(30) Videre er det anført at det foreligger feil ved annonsen ved at det ikke er opplyst hvilke kriterier som vil bli lagt til grunn ved tildeling av kontrakten. I tillegg er brøytesesongen endret fra 7 måneder i den første anbudsrunder til 5 måneder uten at dette er opplyst i kunngjøringen, noe som gir et svakt grunnlag for leverandørene til å forberede sine tilbud. Fristen som ble satt i tilbudsbrevet av 12. august 2009 er i tillegg for kort til at leverandørene får tilstrekkelig tid til å innhente nødvendig dokumentasjon. Dette er spesielt uheldig ettersom tilbudspapirene ikke gir leverandørene en klar og utvetydig presentasjon av konkurransen. Innklagede har heller ikke tilstrekkelig klart angitt at konkurranse nr. 2 skulle gjennomføres som en konkurranse med forhandling istedenfor åpen konkurranse slik som konkurranse nr. 1.

2.2 Manglende invitasjon til forhandlinger

(31) Under forutsetning av at innklagede hadde anledning til å benytte konkurranse med forhandling, anføres det at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å ha gjennomført reelle forhandlinger. Klager sitt tilbud ble ansett som et tilbud i den andre konkurransen, men klager ble ikke invitert til forhandlinger. Ettersom innklagede ikke har opplyst om et øvre tak for antall deltakere i konkurransen, plikter innklagede å invitere alle tilbydere som oppfylte kvalifikasjonskravene til forhandlinger, jf. forskriften § 17-6 (2).

2.3 Manglende informasjon om prosessen

- (32) Innklagede har brutt forskriften § 22-3 (1) ved ikke å ha gitt meddelelse om kontraktstildeling i rimelig tid før kontrakt underskrives og ved ikke å ha angitt frist for klage over tildelingen.
- (33) Innklagede har videre brutt kravene i loven § 5 om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ved ikke å ha informert tilbyderne underveis om relevante forhold vedrørende konkurranse nr. 2. Protokollen av 24. september 2009 ble først oversendt klager før 15. oktober 2009. Siden protokollen inneholdt sentral informasjon om konkurransen og ikke ble sendt tilbyderne før etter at det ble innstilt en leverandør, er dette i seg selv et brudd på loven § 5.

Innklagedes anførsler:

1. Feil ved konkurranse nr. 1

1.1 Hvorvidt det foreligger saklig grunn for avlysning

- (34) Det var saklig grunn til å avlyse konkurransen, da det etter tilbudsfristens utløp kun var kommet inn ett tilbud som i vesentlig grad oversteg det innklagede hadde budsjettmessig dekning for. Klager ble meddelt per telefon at tilbudet ikke kunne antas som følge av at det lå utenfor innklagedes budsjett.
- (35) Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/135 premiss (15) om at det skal foretas en helhetsvurdering om hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt, samt at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, jf også Rt. 2001 s. 473 og klagenemndas avgjørelse i sak 2004/1 premiss (17) og premiss (18). Videre vises det til innklagedes brev av 16. november 2009 til klager, hvor det fremkommer at klagers tilbud innebærer en økning i de faste kostnadene for kommunen på 76 %.
- (36) Innklagede bestrider at klager ville fått oppdraget. Alternativet for innklagede var enten å utlyse oppdraget for annen gang eller å foreta brøytingen i egen regi.

1.2 Totalforkastelse av klagers tilbud

- (37) I klagenemndas avgjørelse i sak 2008/216 premiss (35) ble det lagt til grunn som saklig grunn for avlysning at det kun var innkommet ett tilbud og at innklagede dermed ikke hadde mulighet til å vurdere klagers løsninger og innholdet i tilbudet opp mot andre, jf. klagenemndas avgjørelser i sak 2003/75 og 2008/24 samt EU- domstolens avgjørelse i sak C-27/98.

1.3 Manglende varsling og begrunnelse

- (38) Avlysningen av konkurransen ble meddelt klager av innklagede v/rådmannen per telefon, hvor begrunnelse for avlysningen ble oppgitt. Denne meldingen var tydelig nok til å ivareta hensynet til forutberegnelighet som det bærende hensyn for bestemmelsen. Tilbudsfristen var 28. mai 2009. Avlysningen ble protokollert 1. juli 2009 og formidlet per e-post 20. juli 2009 hvor begrunnelsen er inntatt.

1.4 Hvorvidt kontrakt er tildelt klager

- (39) Innklagede viser til at klager på tidspunktet for meddelelsen om kontraktstildeling av teknisk sjef, hadde fått beskjed om at konkurransen var avlyst av rådmannen. Etersom klager var kjent med at teknisk sjef ikke hadde mandat til å tildele kontrakt, var klager ikke i god tro. Videre vises det til at meddelelse skal følges opp av signering og at det er

anledning til å annullere tildeling i medhold av forskriften § 22-3 (2), jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2008/137 premiss (22).

1.5 Erstatning

(40) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for erstatning.

2. Feil ved konkurranse nr. 2

2.1 Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

(41) Innklagede erkjenner at man har brutt kunngjøringsplikten ved den andre anbudsrunder, men anfører prinsipalt at innklagede frikjennes for brudd på regelverket siden bruddet ikke var bevisst.

(42) Det vises til at fokuset var, gjennom bredest mulig konkurranse, å få anskaffelsen prismessig ned på et nivå som var mulig å håndtere. Tilbudet fra klager i konkurranse nr. 1 var vesentlig over det innklagede hadde budsjettmessig dekning for. Vinteren nærmet seg, og innklagede har erfart at det kun kommer inn ett tilbud når alle rodene blir lyst ut under ett (2005 og 2009). Konkurransen ble derfor kun lyst ut lokalt, hvor det ble åpnet for å inngi tilbud på enkeltroder slik at også lokale entreprenører ble satt i stand til å konkurrere. Ved å lyse ut enkeltroder, fikk innklagede inn flere tilbud. Klager var fremdeles med i den nye konkurransen som tilbyder på samtlige roder. Det har således vært gjennomført konkurranse både i forhold til klager og alle de øvrige tilbydere som meldte seg etter kunngjøring lokalt.

(43) Subsidiært anføres det at innklagede delvis har brutt regelverket og at det ilegges lavest mulig gebyr gitt begge parters opptreden i saken. Det er ikke utvist forsett i det innklagede har ment at alle relevante tilbydere er blitt tatt i betraktning. Innklagede har heller ikke opptrådt svært klanderverdig eller er sterkt å bebreide. Klager må bære sin del av ansvaret ved bevisst å være illojal mot rådmannen, som er innklagedes øverste administrative leder. Innklagede har ikke tidligere foretatt ulovlige direkte anskaffelser, og innklagede benytter nå Prosjektservice AS i Sulithjelma ved gjennomføring av konkurranser.

2.2 Manglende invitasjon til forhandlinger

(44) Klager ble ikke invitert til forhandlinger i konkurranse nr. 2 fordi tilbudet var for dyrt, herunder var spesielt klagers underleverandør i Efjord betydelig dyrere enn konkurrentens (kr 24.000 per kilometer vei mot konkurrentens kr 7.000 per kilometer vei).

2.3 Manglende informasjon om prosessen

(45) Når det gjelder klagers øvrige anførsler, ser innklagede at det er begått feil i forhold til endring av anskaffelsesprosedyre og meddelelser, men er av den oppfatning at dette ikke utgjør et grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

(46) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste i tjenestekategori 1 (vedlikehold). Den følger etter sin verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. § 2-1 (4), jf. § 2-2 (1). Anførte

bestemmelser i klagen vedrørende brudd gjelder forskriften del II, men nemnda har lagt til grunn de identiske bestemmelsene i forskriften del III.

1. Feil ved konkurranse nr. 1

1.1 Hvorvidt det foreligger saklig grunn for avlysning

- (47) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 22-1 (1) ved ikke å ha saklig grunn for å avlyse konkurransen. Innklagede har anført at kravet til saklig grunn var oppfylt, ettersom det kun forelå ett tilbud som i vesentlig grad oversteg det innklagede hadde budsjettmessig dekning for.
- (48) Av forskriften § 22-1 (1) følger det at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en "*saklig grunn*".
- (49) Av klagenemndas praksis følger det at det må foreligge en objektiv sett saklig grunn til avlysning, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/135 og 2008/216 (premiss 39). Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt, beror på en helhetsvurdering av omstendighetene 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). Klagenemndas praksis viser at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, sml. også Rt. 2001 side 473. Budsjettmessige begrensninger kan være slike økonomiske hensyn. Videre er det lagt til grunn at 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 og 2007/71.
- (50) I klagenemndas avgjørelse i sak 2008/216 premiss (36) er det vist til EU- domstolens sak C-27/98, hvor det ble lagt til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud som ikke skal avvises. Domstolen begrunner dette med at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne prisene eller de øvrige elementene i de forskjellige tilbudene. Også klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud, se for eksempel klagenemndas saker 2003/75 og 2008/24. I sak 2003/75 ble det uttalt at hensynet til effektiv konkurranse ofte vil være praktisk umulig å ivareta når kun en leverandør kvalifiserer seg.
- (51) På den bakgrunn finner nemnda at innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

1.3 Totalforkastelse av klagers tilbud

- (52) Som følge av ovennevnte konklusjon i premiss (52) om at innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurranse nr. 1, finner ikke nemnda grunnlag for å ta stilling til klagers anførsel om hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å totalforkaste klagers tilbud.

1.4 Manglende varslings og begrunnelse

- (53) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 20-16 (2) bokstav d ved ikke å ha gitt "*skriftlig melding snarest mulig med en kort begrunnelse*" når konkurransen ble avlyst.

- (54) Det er på det rene at beslutning om avlysning av konkurransen ble tatt i et internt møte hos innklagede 23. juni 2009. Videre er det på det rene at klager ble tildelt kontrakt av innklagede v/teknisk sjef i e-post av 16. juli 2009. Det er dokumentert at innklagede i e-post av 20. juli 2009 meddelte at tildelingsbeslutningen trekkes tilbake og at innklagede ikke vil anta klagers tilbud. I klagers e-post av 11. august 2009 er det imidlertid etterspurt hvorvidt innklagedes manglende aksept av klagers tilbud også innebærer at konkurransen er avlyst.
- (55) Slik nemnda ser det, har klager ikke mottatt skriftlig melding fra innklagede om at konkurranse nr 1. er avlyst snarest mulig etter at denne beslutningen ble fattet. Ovennevnte korrespondanse viser tvert om at innklagede ikke har gitt skriftlig melding om at konkurranse nr. 1 er avlyst og begrunnelsen for dette. På den bakgrunn finner nemnda at innklagede har brutt forskriften § 20-15 (2) bokstav d.

1.5 Hvorvidt kontrakt er tildelt klager

- (56) Klager har anført at det ikke er adgang til å annullere beslutningen om tildeling av kontrakt, som ble gitt i e-post av 14. juli 2009 fra innklagede v/teknisk sjef, jf. forskriften § 22-3 (2). Nemnda har i premiss (50) funnet at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. På denne bakgrunn finner ikke nemnda grunn til å behandle klagers anførsel på dette punkt.

2. Feil ved konkurranse nr. 2

2.1 Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (57) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved ikke å ha kunngjort konkurranse nr. 2 i henhold til forskriften § 18-3. Innklagede erkjenner at kunngjøringsplikten er brutt, men anfører prinsipielt at innklagede frikjennes for brudd på regelverket siden bruddet ikke var bevisst.
- (58) En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf loven § 7b og forskriftens § 18-3.
- (59) Angjeldende anskaffelse etterfølger en åpen anbuds konkurranse som innklagede hadde saklig grunn for å avlyse, jf. premiss (50). Innklagede kan da ha hjemmel til å gjennomføre konkurranse nr 2. uten å kunngjøre anskaffelsen. For nemnda blir således spørsmålet om vilkårene i forskriften § 14-4 bokstav b om å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er oppfylt. Dersom det er hjemmel for å benytte denne bestemmelsen, vil det ikke foreligge en ulovlig direkte anskaffelse.
- (60) Av forskriften § 14-4 bokstav b følger det at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring *"dersom det i forutgående åpen eller begrenset konkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår"*. Dette er en unntaksbestemmelse fra plikten til å kunngjøre en anskaffelse, og det er opp til oppdragsgiver å bevise at vilkårene er oppfylt. Bestemmelsen må tolkes restriktivt, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2008/24 og tidligere avgjørelser fra EU-domstolen.
- (61) I klagenemndas avgjørelse i sak 2008/24 premiss (123) er det vist til veilederen for offentlige anskaffelser side 93, hvor det følger at *"Tilbudene anses som uegnet når de*

ikke oppfyller oppdragsgiverens formål med anskaffelsen slik det er beskrevet i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget". Ettersom nemnda i premiss (50) har kommet til at innklagede hadde saklig grunn for avlysning av konkurransen, anses det første vilkåret for å benytte konkurranse med forhandling etter § 14-4 bokstav b for å være oppfylt.

- (62) Det neste spørsmålet blir om innklagede har foretatt vesentlige endringer i "*de opprinnelige kontraktvilkår*". Spørsmålet om det er foretatt vesentlige endringer beror på en konkret helhetsvurdering, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2008/24 premiss (126). Det avgjørende er hvorvidt den etterfølgende konkurransen fremstår som den samme anskaffelsen som den forutgående konkurransen.
- (63) Det er på det rene at innklagede i kunngjøringsteksten vedrørende konkurranse nr.1 har opplyst at det ikke er anledning til å innlevere deltilbud, men at det i tilhørende konkurransegrunnlag sies at deltilbud aksepteres. I konkurranse nr. 2 er det åpnet opp for å inngi deltilbud, jf. annonsen av 8. august 2009.
- (64) Nemnda viser til at innklagede har gitt motstridende opplysninger vedrørende adgangen til å inngi deltilbud i konkurranse nr. 1 Ettersom kunngjøringsteksten på Doffin vanligvis gir leverandørene den første og avgjørende informasjonen i forhold til om det er ønskelig å inngi tilbud i en konkurranse og derigjennom grunnlag for å sette seg inn i konkurransens anbudsdokumenter, må opplysningene i kunngjøringen legges til grunn. I konkurranse nr.1 var det således ikke adgang for leverandører å levere inn tilbud kun på noen av rodene. Når innklagede i konkurranse nr. 2 har åpnet for at det kan inngis deltilbud, innebærer det etter nemndas oppfatning en vesentlig endring av kontraktvilkårene. I klagenemndas avgjørelse i sak 2007/36 premiss (16) er følgende lagt til grunn: "*Idet endringen medførte at flere leverandører hadde mulighet til å delta i konkurransen, og det således var hensynet til mer konkurranse som var motiverende for endringen, legger klagenemnda til grunn at endringen er vesentlig*".
- (65) På denne bakgrunn finner nemnda at det foreligger en "*vesentlig endring*" av konkurransegrunnlaget, jf forskriften § 14-4 bokstav b. Vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er dermed ikke oppfylt. Innklagede har følgelig inngått kontrakt med tre leverandører etter å ha gjennomført en konkurranse som ikke var kunngjort i samsvar med reglene i forskriften, og anskaffelsen må på den bakgrunn anses som en ulovlig direkte anskaffelse, sml. klagenemndas avgjørelse i sak 2009/233 premiss (52). Klagers anførsel om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse har ført frem.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (66) Av loven § 7b (1) fremgår det at oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda har ut fra en skjønnsmessig vurdering myndighet til å avgjøre om det skal ilegges gebyr, og i tilfellet hvor stort gebyret skal være. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på "*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*".
- (67) Klagenemnda viser til at bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. I angjeldende situasjon legges det

derfor vekt på at innklagede har kunngjort en åpen anbudskonkurranse, som det var saklig grunn til å avlyse som følge av innklagedes budsjettmessige situasjon, og at det bare forelå ett tilbud, jf. premiss (50). Nemnda viser i tillegg til at årsaken til at innklagede anses for å ha foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, var motstridende opplysninger vedrørende adgangen til å inngi deltilbud i konkurranse nr.1, og ikke det forhold at innklagede har forsøkt å omgå regelverket ved å foreta en direkte tildeling uten å åpne for konkurranse. Det har således vært reell konkurranse om oppdraget, og hele prosessen har foregått i full åpenhet, sml. klagenemndas avgjørelse i sak 2008/32 premiss (54) og 2009/233 premiss (59).

(68) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det ikke bør ilegges gebyr.

2.2 Klagers øvrige anførsler vedrørende anbudskonkurranse nr 2

(69) Som følge av at nemnda har kommet til at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved gjennomføring av anbudskonkurranse nr 2 finner ikke nemnda grunnlag for å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Ballangen kommune har brutt forskriften § 20-15 (2) bokstav d ved ikke å ha gitt skriftlig melding snarest mulig til klager etter at beslutning om avlysning ble tatt.

Ballangen kommune har brutt forskriften § 14-4 bokstav b ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ettersom det var foretatt vesentlig endring av kontraktvilkår i konkurranse nr. 2 sammenholdt med konkurranse nr. 1. Ballangen kommune har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagers øvrige anførsler er det enten ikke tatt stilling til, eller de har ikke ført frem.

For klagenemnda,
13. september 2010


Bjørg Ven