



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte to etterfølgende åpne anbudskonkurranser for inngåelse av rammeavtale vedrørende anskaffelse av 9 volts batterier for bruk i røykvarsler for alle brannvesen i Telemark. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å avlyse den første konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2012 i sak 2012/156

Klager: BFS AS

Innklaget: GKI Grenlandskommunens Innkjøpsenhet ved Porsgrunn brann- og feiervesen

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Retten til å avlyse en konkurranse.

Bakgrunn:

(1) GKI Grenlandskommunenens Innkjøpsenhet ved Porsgrunn brann- og feiervesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale vedrørende anskaffelse av 9 volts batterier for bruk i røykvarsler for alle brannvesen i Telemark. Anskaffelsen var i følge oppdragsgiver estimert til å ha en verdi på kroner 1 165 000. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 1.5 angitt til å være 20. februar 2012.

(2) Av kunngjøringen fremgikk det følgende av punkt II.1.5) *"Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang":*

"Konkurransen gjelder rammeavtale på innkjøp av 9 volts batterier for bruk i røykvarsler for alle brannvesen i Telemark. Det vil bli inngått kontrakt for 3 år, deretter har oppdragsgiver rett til å prologere avtalen i ytterligere 1 år."

(3) Anskaffelsens omfang var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 1, hvor det fremgikk at det totale behovet var 58 250 batterier i året for ni brann- og feiervesen i Telemark.

(4) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 *"Beskrivelse av anskaffelse"* fremgikk følgende:

"Anbudet gjelder levering av 9 volts batterier til røykvarsler:

1. Det enkelte brannvesen skal inngå separat kontrakt i henhold til den innkjøpsavtalen for batterier som blir inngått ved denne forespørselen.

2. Kontraktene administreres av leverandøren.

3. Batteriene skal leveres det enkelte brannvesen 1. gang pr. år i 1. kvartal.

4. *Batteriene skal ha en levetid på minst 1. år.*
5. *Batteriene skal være emballert."*
- (5) Det hitsettes videre fra konkurransegrunnlaget punkt 4 *"Tildelingskriterier"*:
- "Produktets pris vil bli lagt til grunn ved vurdering av tilbudene."*
- (6) Det følger av anskaffelsesprotokollen datert 20. februar 2012 at innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra BFS AS (heretter kalt klager). Videre fremgikk at alle tilbudene etter oppdragsgivers oppfatning tilfredsstilte konkurransens absolutte krav, samt at sammenlignbar tilbudspris ble tillagt 100 prosent vekt.
- (7) Tildelingsmeddelelse ble sendt til konkurransens tilbydere den 22. februar 2012, og klager ble innstilt som valgte leverandør. Av meddelelsen fremgikk at kontrakt med valgte leverandør ville bli inngått den 9. mars 2012, forutsatt at oppdragsgiver ikke mottok noen berettigede klager innen klagefristen.
- (8) Av e-post 22. februar 2012 fra innklagede til innkjøpsenhetens omfattede kommuner fremgikk det:
- "Proessen med innkjøp av røykvarslerbatterier er nå avsluttet og brev til valgte leverandør går ut i dag.*
- Valgte leverandør er:*
- BFS AS [...]*
- Det kan ikke inngås kontrakt før 9. mars på grunn av klagefrist."*
- (9) I e-post 23. februar 2012 fra klager til selskapets fabrikkontakt ble det uttalt følgende:
- "How many batteries do you have available for asap shipment or in one week from now?"*
- (10) Av faktura datert 27. februar 2012 fremgikk det videre at klager bestilte og kjøpte 8000 batterier fra JPP Optoelectronic Group Limited med foretaksadresse i Kina for 1 176 amerikanske dollar.
- (11) Det ble utvekslet en rekke e-postkorrespondanse mellom klager og innklagede i etterkant av tildelingen. I e-post 27. februar 2012 fra klager til innklagede fremgikk det at brev om kontrakt var mottatt, og kontaktdetaljer på kundene ble etterspurt.
- (12) Ved e-post 2. mars 2012 fra innklagede til klager ble det etterspurt dokumentasjon i relasjon til om batteriene klager tilbyr er merkepliktig. Det hitsettes:
- "[...] I tillegg skal også batterier merkes med hvilke tungmetaller det inneholder; Hg, Cd, eller Pb. Myndighetene ønsker en sterk begrensing av batterier som inneholder tungmetaller. [...]*
- EU Batteridirektiv 2006/66/EC og norsk forskrift, produktforskriften – har samme krav for blybatterier [...] more than 0,004 % lead shall be marked with the chemical symbol*

for the metal concerned; Hg, Cd, Pb. Norske produktforskrift § 3-14 – merkeplikt for batterier med mer enn 5ppm kvikksølv, 20 ppm cadmium og 40 ppm bly."

- (13) Videre fremgikk det følgende av e-post 8. mars 2012 fra klager til innklagede:

"Jeg vet ikke hvordan 9V batterikundene har fått BFS adresse som leverandør, men de ringer oss og spør om batterier, da de er tomme og de vil stå først i køen og ha prioritet.

Jeg tilbakemelder disse på en hyggelig måte at vi må vente til kontrakt er underskrevet, og at de må vente på videre beskjed."

- (14) Ved brev 8. mars 2012 ble konkurransen avlyst, og det hitsettes fra dette brev:

"Etter meddelelse om kontraktstildeling har oppdragsgiver oppdaget at konkurransegrunnlaget er mangelfullt i forhold til miljøkrav. Dette har ført til valg av tilbud på et brunstensbatteri som inneholder bly og som dermed er spesialavfall etter bruk. Dette er en type batterier som norske miljømyndigheter sterkt advarer mot å benytte.

Batteriene som anskaffes på denne avtalen skal deles ut til innbyggerne i Telemark. Oppdragsgiver kan på ingen måte inngå avtale på et batteri som krever spesialhåndtering etter bruk, når markedet kan tilby alternative miljøvennlige alkaliske batterier.

På denne bakgrunn avlyser oppdragsgiver konkurransen med øyeblikkelig virkning, jfr. Forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (1).

Ny konkurranse vil bli kunngjort om kort tid."

- (15) Klager påklaget avlysningen ved brev 9. mars 2012, og det ble avholdt møte mellom klager og innklagede 14. mars 2012.

- (16) Klager har videre fremlagt dokumentet "Erklæring" datert 19. mars 2012 undertegnet av BFS AS og Rebatt AS:

"Undertegnede ønsker å tilknytte seg Batteriretur® sitt opplegg for innsamling og gjenvinning av kasserte batterier og aksepterer følgende forpliktelser:

- 1. Å betale miljøgebyr.*
- 2. Å iverksette ordningen pr. omgående.*

Som deltaker i ordningen oppfyller undertegnede myndighetens krav om innsamling og gjenvinning av de portable batteriene vi har innført til landet."

- (17) Innklagede opprettholdt sin avlysning ved brev 27. mars 2012.

- (18) Ny konkurranse for anskaffelse av røykvarselbatterier ble kunngjort 2. april 2012, med tilbudsfrist 25. april 2012.

(19) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 *"Beskrivelse av anskaffelse"* fremgikk det tilsvarende opplysninger som av konkurransen utlyst 27. januar 2012, men med følgende tilføyelser:

6. *"Batteriene skal ikke være merkepliktige, jfr. Forskrift om begrensning i bruk av helse- og miljøfarlige kjemikalier og andre produkter (produktforskriften) § 2-16 Batterier- merking.*

7. *Batteriene må kunne leveres til gjenvinning sammen med andre husholdningsbatterier."*

(20) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 4 *"Tildelingskriterier"* følgende:

"Utover Beskrivelse av anskaffelse, se pkt. 1.3, vil følgende bli lagt til grunn ved vurdering av tilbudene:

Kriterium	Vekt
<i>Sammenlignbare tilbudspriser</i>	80 %
<i>Produktets miljøvennlighet</i>	20 %

Beregningsmodell

[...]

"Produktets miljøvennlighet":

Tilbudene skilles fra hverandre ved relasjonsbetraktning (sammenligning) mellom tilbudene, hvor gjennomsnittspoeng er midt på skalaen, dvs. 5 poeng.

[...]

Følgende utdyper nærmere hva hvert enkelt kriterium inneholder:

Sammenlignbar tilbudspris – 80 % vekt

Produktets miljøvennlighet – 20 % vekt

Sum innhold av tungmetaller; Bly (Pb,) Kadmium (Cd) og Kvikksølv (Hg).“

(21) Det følger av anskaffelsesprotokollen datert 25. april 2012 at innklagede i den andre konkurransen mottok åtte tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra klager og fra GPBM Nordic AS. Videre fremgikk at alle tilbudene etter oppdragsgivers oppfatning tilfredsstilte konkurransens absolutte krav.

(22) Klager innga tilbud innen tilbudsfristens utløp også i denne konkurransen.

(23) I brev av 27. april 2012 fra innklagede ble det meddelt at GPBM Nordic AS (heretter kalt valgte leverandør) ble tildelt kontrakten.

- (24) Etter forespørsel fra klager om hvilken konkret type 9V batteri som ble valgt i den andre konkurransen, fremla innklagede en produktspesifikasjon for GP Batteries. Av spesifikasjonen, "*GP Batteries Product Specifications Model No.:GP1604PLF*" fremgikk det under punkt 8 "*Content of mercury and cadmium*" følgende:
- "8.1 *Mercury* - *1ppm maximum per battery weight.*
- 8.2 *Cadmium* - *10ppm maximum per battery weight.*
- 8.3 *Lead* - *40ppm maximum per battery weight."*
- (25) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) ved brev av 25. juni 2012.
- (26) Innklagede opplyste i brev 5. juli 2012 at kontrakt for foreliggende anskaffelse var inngått.

Klagers anførsler:

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt forskrift om offentlig anskaffelser § 13-1 (1) ved å avlyse den første konkurransen kunngjort 27. januar 2012, idet det ikke forelå saklig grunn for dette.
- (28) Innklagede kunne for det første ikke avlyse konkurransen, ettersom det allerede forelå en bindende avtale med tilbud og aksept mellom innklagede og klager, jf. avtaleloven § 3. Klager innga tilbud på konkurransegrunnlagets angitte batteritype innen tilbudsfristens utløp, og ble tildelt kontrakten ved brev 22. februar 2012. Det vises videre til at brannmesteren i Porsgrunn kommune kort tid etter tildelingen, per telefon 22. februar 2012, kontaktet klager og ba om at det raskest mulig ble levert batterier. Klager tok således umiddelbart kontakt med selskapets fabrikkontakt for levering av batterier, jf. selskapets e-post 23. februar 2012. På dette grunnlag kjøpte og betalte klager batterier 27. februar 2012. Det fremholdes at denne bestillingen må likestilles med en signatur av avtalen, da dette er konkludent adferd som må oppfattes som et dispositivt utsagn som forplikter partene. I tillegg viser klager til at innklagede ikke kunne annullere beslutningen om å tildele kontrakten til klager, ettersom det fremgår implisitt av forskriften § 13-3 (2) at oppdragsgiver ikke står fritt til å tilbakekalle en kontraktstildeling etter eget forgodtbefinnende.
- (29) For det annet var det ikke grunnlag for å avlyse konkurransen, idet klagers batterier er en lovlig handelsvare i samsvar med det opprinnelige konkurransegrunnlaget. Tilføyelsene i konkurransegrunnlaget, som innklagede begrunnet avlysningen med, kan ikke anses som saklige grunner etter forskriften § 13-1 (1). Det er for det første ingen forskjell mellom klagers opprinnelige tilbudte batterier, og valgte leverandørs batterier i den andre konkurransen hva gjelder returordninger. Begge batterier anbefales levert til samme returordning, AS Batteriretur, og er merkepliktige. Det at batteriene krever en spesiell håndtering, og ikke kan kastes i restavfallet, medfører ikke at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen. Det bemerkes at klager fra 19. mars 2012 ble medlem i batterireturordningen AS Batteriretur, og at dette ikke var et krav i den første konkurransen. Videre er det marginale forskjeller mellom batteritypene hva gjelder blyinnholdet, totalt for 174 750 batterier noe i underkant av 4,5 kilo. Det fremkommer av produktspesifikasjonen til valgte batterier at disse inneholder noe bly, selv om de

omtales som "blyfrie". Ettersom batteriene ifølge spesifikasjonen inneholder maks 40 ppm bly, fremholdes at disse batterier også er merkepliktige med det kjemiske symbolet Pb. Endelig viser klager til at det ikke er adgang til å introdusere tilleggsvilkår etter at tildeling av kontrakt er gjennomført. For dette henvises til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/216, hvor klagenemnda fant at det ikke forelå saklig grunn til avlysning når oppdragsgiver senere introduserte vilkår for tildelingen som ikke fremkom av tildelingskriteriene i den første konkurransen.

- (30) Til slutt bes klagenemnda å ta stilling til om vilkårene for erstatning for klager er oppfylt, prinsipalt for den positive kontraktsinteresse, subsidiært for den negative kontraktsinteresse, jf. lov om offentlige anskaffelser § 10. Det vises for det første til at klager har hatt et tap på kroner 280 467 i tapt fortjeneste. For det annet vises det til at klager har hatt utgifter til advokat i saken, samt til de batterier som allerede er bestilt og betalt. Videre har selskapet hatt utgifter ved eget arbeid i saken. Samlet utgjør dette kroner 50 000 eksklusiv merverdiavgift, herunder kroner 27 000 eksklusiv merverdiavgift til advokatutgifter til nå i saken, kroner 6800 eksklusiv merverdiavgift til betalte batterier, og kroner 16 200 til dekning av egen medgått tid.

Innklagedes anførsler:

- (31) Innklagede hevder at det foreligger saklig grunn for avlysning av konkurransen etter forskriften § 13-1 (1).
- (32) Innklagede viser for det første til at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse frem til kontrakt er inngått. Innklagede er dermed ikke bundet av en tildelingsbeslutning før det er inngått kontrakt, og en kontrakt er inngått når den er signert av begge parter, jf. forskriften § 13-3 (1). Rettslig henvises det til klagenemndas sak 2004/165, hvor det blant annet fremgår: *"Den foreløpig innstilte tilbyder kan ikke bygge krav om å få utføre oppdraget før bindende kontrakt er inngått – etter regelverket forutsetningsvis ved tidspunktet for undertegning av kontrakt."* For alle tilfeller, bestrides at det foreligger en avtale mellom klager og innklagede basert på konkludent adferd. Det medfører ikke riktighet at brannmesteren ba klager om raskest mulig levering av batterier. Det er heller ikke brannmesteren som bestiller batterier til kommunene. Det ble den 22. februar 2012 sendt ut e-post til alle innkjøpsenhetenes kommuner med presisering om at avtaler ikke må inngås før 9. mars 2012. Videre fremgår det av e-post 8. mars 2012 fra klager til brannmesteren, at kommunene må vente til kontrakt er underskrevet før batterier kan bestilles.
- (33) For det annet fremholdes to grunner for at det forelå saklig grunn for avlysning av konkurransen. Det vises for det første til at klagers tilbudte batteri i den første konkurransen inneholdt mer bly enn det som anbefales av norske myndigheter gjennom Klima- og forurensningsdirektoratet. Batteriet er merket med Pb, det vil si at det inneholder mer enn 40 ppm bly, jf. produktforskriften § 2-16 bokstav d. Ingen andre leverandører tilbød slike batterier, og valgte leverandørs batteri er ikke merket med Pb, fordi det inneholder mindre enn 40 ppm bly. For det annet krever blyinnholdet i klagers tilbudte batterier en annen returordning enn den etablerte returordningen for batterier (som drives i regi av AS Batteriretur og Rebatt AS). Det medfører således ikke riktighet at klagers og valgte leverandørs batterier begge kunne leveres innenfor samme returordning. Hva gjelder merkingen av batteriene skal alle miljøskadelige batterier merkes med overkrysset søppelbøtte, i tillegg skal batterier som inneholder mer enn visse mengder av tungmetallene bly, kadmium eller kvikksølv merkes med de kjemiske

symbolene Pb, Cd eller Hg. Merking uten kjemisk symbol forteller at batteriene kan samles inn i den etablerte returordningen. Batterier som inneholder tungmetaller leveres imidlertid inn som farlig avfall. Klagers batteri var som nevnt merket med Pb, og på tidspunktet for den første konkurransen var heller ikke klager medlem av noen returordning. I og med at klagers tilbudte batteri er særskilt miljøskadelig og derfor krever en annen returordning enn den etablerte, mener innklagede at det foreligger saklig grunn til å avlyse konkurransen. De undersøkelsene som ble foretatt i forkant av konkurransen tilsa ikke at det skulle være nødvendig å beskrive verken batterier særskilt, eller den etablerte returordningen. Når dette likevel viste seg å være nødvendig, er det slik innklagede ser det ikke mulig å gjøre annet enn å avlyse konkurransen og kunngjøre en ny der miljøhensyn og samfunnsansvar uttrykkelig presiseres.

- (34) Hva gjelder erstatning, fremholdes at det ikke er grunnlag for positiv kontraktsinteresse, da det ikke er inngått kontrakt etter konkurransen utlyst 27. januar 2012. Videre hevder innklagede at vilkårene for negativ kontraktsinteresse ikke er oppfylt, ettersom det verken foreligger ansvarsgrunnlag, eller noe økonomisk tap for klager ved å ha deltatt i den første konkurransen. Når klager deltar i den andre konkurransen viser selskapet tydelig at måten den første konkurransen ble gjennomført på ikke hadde betydning for eventuell deltakelse. Videre ble det gjort minimale endringer i konkurranse nummer to, slik at klager i stor grad kunne benytte tilbudet i den første konkurransen også i den andre.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av 9 volts batterier for bruk i røykvarsler, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens anslåtte verdi er på kroner 1 165 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).

Hvorvidt det foreligger "saklig grunn" for avlysning av konkurransen

- (36) Problemstillingen er om innklagede hadde *"saklig grunn"* til å avlyse konkurransen av 27. januar 2012, jf. forskriften § 13-1 (1). Klager fremholder to grunner for hvorfor selskapet mener at innklagede ikke hadde rett til å avlyse konkurransen. For det første mener klager at avlysning var utelukket, ettersom det forelå en bindende avtale mellom innklagede og klager. For det andre mener klager at avlysning var utelukket fordi selskapets tilbudte batterier er en lovlig handelsvare i samsvar med det opprinnelige konkurransegrunnlaget, og at de tilføyelser i konkurransegrunnlaget som innklagede kom med i ettertid ikke kan gi rett til avlysning.
- (37) Av forskriften § 13-1 (1) følger det at oppdragsgiver kan *"avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn."* Avlysning kan skje inntil kontrakt er inngått. Etter ordlyden i forskriften § 13-3 (1) er kontrakt først inngått på tidspunktet for signering av kontrakt eller rammeavtale av begge parter. Det er på det rene at det ikke foreligger noen skriftlig signert avtale mellom partene i denne saken, og utgangspunktet må således være at det ikke er inngått kontrakt mellom klager og innklagede. Spørsmålet for klagenemnda blir imidlertid om kontrakt i denne saken kan

anses å være inngått mellom partene på annen måte enn gjennom en skriftlig signert avtale.

- (38) Klagenemnda har i sin tidligere praksis lagt til grunn en lavere terskel for når skriftlig inngått kontrakt kan anses å foreligge, enn det som følger av en streng ordlydsfortolkning av forskriften §§ 13-3 (1), jf. 4-1 (1) bokstav a. Det kan her blant annet vises til sakene 2011/58 premiss (150) følgende, 2011/123, 2011/49 og 2011/15. I disse sakene har nemnda for det første fastslått at det forelå en skriftlig kontrakt i regelverkets forstand, ved at innklagede hadde betalt fakturaer fra den valgte leverandøren basert på leverandørens skriftlige tilbud. Videre er det lagt til grunn at det forelå skriftlig inngått kontrakt ved at en tidligere inngått skriftlig avtale var muntlig forlenget. Når et arbeid er startet, er det også lagt til grunn at skriftlig kontrakt foreligger, når det er vanlig at kontrakt inngås skriftlig for den aktuelle type anskaffelse. Endelig er det lagt til grunn at skriftlig avtale var inngått når det forelå et skriftlig dokument som i hovedsak anga rettighetene og forpliktelsene til partene og på hvilke vilkår disse skulle gjelde, og som partene for eksempel gjennom konkludent adferd hadde vist at de opptre i henhold til, eller muntlig hadde blitt enige om å opptre etter.
- (39) I denne saken foreligger det foruten tildelingsmeddelelsen til klager, en faktura på klagers bestilling av batterier fra sin leverandør datert 27. februar 2012. Denne fakturaen regulerer imidlertid ikke forholdet mellom klager og innklagede, og kan således ikke tas til inntekt for at det foreligger en skriftlig inngått kontrakt mellom disse parter. Hva gjelder telefonsamtalen mellom brannmesteren og klager av 22. februar 2012, er partene uenige om innholdet i samtalen, herunder om det ble inngått en muntlig avtale mellom partene. Klager har ikke fremlagt dokumentasjon som underbygger at brannmesteren i denne samtalen anmodet om en raskest mulig levering av batterier. Det taler videre mot at det er inngått en avtale, at innklagede i e-post 22. februar 2012 til kommunene som skulle inngå kontrakt med klager, har uttalt at kontrakt skulle inngås etter 9. mars 2012. Klager har også selv uttalt i e-post til innklagede 8. mars 2012, at batterier ikke kan leveres til kommunene før kontrakt er underskrevet. For øvrig har klager på avlysningstidspunktet heller ikke startet å levere batterier til innkjøpsenhetenes kommuner. Endelig har det etter klagenemndas syn formodningen mot seg at innklagede inngår kontrakt med klager i karenstiden etter utsendelse av tildelingsmeddelelsen, idet dette strider mot anskaffelsesregelverket, jf. forskriften § 13-3 (1). På denne bakgrunn finner klagenemnda at det ikke er inngått kontrakt mellom klager og innklagede i anskaffelsesrettslig forstand, jf. forskriften § 13-3 (1).
- (40) Klagenemnda må dermed ta stilling til om det forelå "*saklig grunn*" for avlysning av konkurransen etter forskriften § 13-1 (1), ved at oppdragsgiver i etterkant av tildelingsmeddelelsen oppdaget at konkurransegrunnlaget var mangelfullt hva gjelder miljøkrav.
- (41) Av klagenemndas praksis følger det 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, og sml. klagenemndas saker 2008/60 premiss (29) og 2008/216 premiss (34). Praksis viser at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, jf. Rt. 2001 side 473, og klagenemndas saker 2008/60 og 2008/78 premiss (60). Om det subjektivt er noe å legge oppdragsgiver til last, må tas i

en separat vurdering av mulig erstatningsansvar, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/78 og 2008/207, samt klagenemndas leder i avvisningssak 2010/280. Videre vil også situasjoner hvor det har oppstått en feil som følge av innklagedes eget forhold, og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning av konkurransen, måtte anses som saklig grunn, jf. klagenemndas sak 2009/135 premiss (15), sml. også klagenemndas sak 2008/44 premiss (28).

- (42) Innklagede har avlyst konkurransen ved brev 8. mars 2012, med den begrunnelse at det i etterkant ble oppdaget at konkurransegrunnlaget var mangelfullt hva gjelder miljøkrav, herunder at klagers tilbudte batteri inneholdt for mye bly og dermed er kategorisert som spesialavfall etter bruk. Etter klagenemndas oppfatning synes det vesentlige for innklagede således å være å oppnå en strengere miljøprofil, ved å hensynta miljø i større grad i den nye konkurransen. Dette gav seg utslag i to tilføyelser i konkurransegrunnlaget til konkurranse nummer to, herunder krav om at batteriene ikke skal være merkepliktige etter produktforskriften § 2-16, samt at batteriene må kunne leveres til gjenvinning sammen med andre husholdningsbatterier. Videre ble *"Produktets miljøvennlighet"* tillagt 20 prosent vekt under tildelingskriteriene. Dette i motsetning til den første konkurransen, som var en ren priskonkurranse. Etter klagenemndas oppfatning synes de nye kravene som ble oppstilt i konkurranse nummer to å angi strengere rammer for hvilke batterier som aksepteres av innklagede. Partene synes imidlertid uenige om hvilke realitetsendringer kravene har ført til i leverandørenes tilbud, hva gjelder batterienes returordninger. Hva gjelder merkingen av batteriene, herunder batterienes blyinnhold, synes partene å være enige om at det er forskjeller mellom de batterier som kunne tilbys i den første konkurransen versus den andre konkurransen. Klagenemnda er etter dette av den oppfatning at innklagede gjennom de nye kravene og ved å vektlegge tildelingskriteriet *"Produktets miljøvennlighet"* 20 prosent i konkurransen, har vist til miljømessige svakheter ved den opprinnelige konkurransen, og at dette må anses som saklig grunn for avlysning. Hva gjelder miljøhensyn, kan det også vises til at dette er et hensyn som det er ansett særlig viktig at offentlige oppdragsgivere ivaretar, jf. eksempelvis henvisningen til dette i loven § 6. Det forelå således saklig grunn for avlysning av konkurransen kunngjort 27. januar 2012. At klagers tilbudte batterier i den første konkurransen er en lovlig handelsvare i samsvar med det opprinnelige konkurransegrunnlaget, kan ikke endre at innklagede i dette tilfellet hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Erstatningsspørsmålet

- (43) Klagenemnda antar at vilkårene for negativ kontraktsinteresse kan være oppfylt for klager. Dette ettersom den første konkurransen ble avlyst fordi innklagede fant at det ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til miljø, og dermed ønsket å kunngjøre en ny konkurranse hvor miljøhensyn ble vektlagt sterkere. Dette er et forhold innklagede ved bedre planlegging burde hensyntatt før den første konkurransen ble kunngjort. Det må videre anses sannsynliggjort at klager ikke ville deltatt i konkurransen, dersom selskapet hadde visst at konkurransen ville bli avlyst på dette grunnlag. Når det gjelder klagers anførsel vedrørende erstatning for positivt kontraktsinteresse, finner ikke klagenemnda grunn til å uttale seg om dette, jf. klagenemndeforskriften § 12, hvor det fremgår at klagenemnda kun har en rett, men ingen plikt, til å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

GKI Grenlandskommunens Innkjøpsenhet ved Porsgrunn brann- og feiervesen har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 29. oktober 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl