



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avlysning

VIVA IKS kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om kjøp av kumlokk med rammer. Klager var valgte leverandør, men innklagede avlyste konkurransen før kontrakt ble inngått. Begrunnelsen var at innklagede hadde behov for å innta en egen kravspesifikasjon til produktenes lås-/sikringsanordninger. Klagenemnda kom til at det ikke var "saklig grunn" til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1, da innklagede ikke kunne vise til aktuelle krav som klagers tilbud ikke oppfylte, og heller ikke til et behov for å avslutte konkurransen for å kunne avklare hvilke krav det var aktuelt å stille.

Klagenemndas avgjørelse 28. januar 2015 i sak 2015/117

Klager: BB Produkter VVA AS

Innklaget: Vestviken interkommunale vei-, vann- og avløpsselskap IKS

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Vestviken interkommunale vei-, vann- og avløpsselskap IKS (heretter innklagede eller VIVA), som eies av kommunene Hurum, Lier og Røyken, kunngjorde 13. august 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammer og kumlokk. Tilbudsfrist var 2. september 2015.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen at anskaffelsen omfattet 490 kumlokk, 490 flyterammer og 40 kuppelrister. Kontrakt skulle tildeles utelukkende basert på laveste pris.
- (3) I kravspesifikasjonen punkt 3.2 var det stilt følgende krav:

"Kumlokk skal være av seigjern og tilfredsstille kravet iht. NS-EN 124 og produseres iht. NS 1992 GJL.

Kumlokk skal være utstyrt med:

- *Utskiftbar slite/dempering av polyuretan, eller tilsvarende aldringsbestandig type.*
- *Spetthullet skal være pinnesikret og mønster i lokk som tydelig viser spetthullets plassering.*
- *Det stilles krav til lås-/sikringsanordning*

Flytende ramme skal være av seigjern med kontrollåpninger/splitt/spalter i rammeskjørt og tilfredsstille kravet iht. NS-EN 124 og produseres iht. NS 1990 GJS.

Størrelse: Ø 650"

- (4) Innen tilbudsfristen utløp mottok innklagede tilbud fra fem tilbydere, blant andre fra BB Produkter VVA AS (heretter klager). I e-post til tilbyderne 3. september 2015 fremgikk det at klager hadde laveste pris og ble tildelt kontrakten.
- (5) Den 28. september 2015 mottok klager en ny e-post fra innklagede, med beskjed om at konkurransen var avlyst. Begrunnelsen var som følger:

"Det vises til ovennevnte konkurranse og kravspesifikasjonen i tilbudsmappen for levering av rammer og lokk. Under punkt 3.2 nederste pilpunkt er det vist til at det stilles krav til lås-/sikringsordning. NS-EN 124 og NS 1990 GJS har ikke spesifisert de konkrete kravene til sikringsanordning, og VIVA har ikke fremlagt kravspesifikasjon.

De tekniske anordningene har i praksis vist seg å være svært viktig med hensyn til HMS (Helse, miljø og sikkerhet). VIVA har fått opplyst hos Drammen kommune at denne kommunen har erfart en beklagelig ulykke på grunn av mangler ved sikringsanordning.

Drammen kommune har derfor inntatt spesifikke tekniske krav, inntatt her (<http://www.va-norm.no/VA-norm/Generelle-bestemmelser/6-Transportsystem-spillvann/6.13-Avloepskummer>)

For å sikre at kravene til helse, miljø og sikkerhet blir tilstrekkelig ivaretatt, anser VIVA det nødvendig å avlyse konkurransen for å innta egne krav til lås/sikringsordning.

Ny konkurranse med ytterligere spesifikasjoner av de tekniske kravene til lås- og sikringsanordninger vil fremlegges innen oktober måned."

- (6) Fra nettsiden det var lenket til i avlysningen (med Drammen kommune valgt i nedtrekksmenyen), gjengis følgende (slik dokumentet forelå 30. september 2015):

"Kumlokk og rammer

Kumlokk skal være av seigjern og tilfredsstille kravet iht. NS-EN 124 og produseres iht. NS 1992 GJS.

Kumlokk skal være utstyrt med:

- Utskiftbar slite-/dempering av polyuretan, eller tilsvarende aldringsbestandig type.*
- Spetthullet skal være pinnesikret og mønster i lokket som tydelig viser spetthullets plassering.*

Følgende kommuner stiller i tillegg krav til lås-/sikringsanordning på kumlokk:

<i>Kommune</i>	<i>Krav</i>
<i>[...]</i>	<i>Lås-/sikringsanordningen skal være utformet slik at slite-/dempering ikke skades, og ha maks. åpningsmoment 100 - 122 Nm (Kraft x arm)."</i>
<i>DRAMMEN</i>	
<i>LIER</i>	
<i>RØYKEN</i>	

Flytende ramme skal være av seigjern med kontrollåpninger/splitt/spalter i rammeskjørt og tilfredsstille kravet iht. NS-EN 124 og produseres iht. NS 1990 GJS."

- (7) Klagen ble brakt inn for klagenemnda 22. oktober 2015.
- (8) I korrespondansen mellom partene i anledning klagesaken har det fremkommet at hendelsen omtalt i avlysningsbrevet skjedde for ca. 7 år siden på RV 134. Et Ulefoss-kumlokk med lås, lagt i en eksisterende ramme fra Furnes, spratt ut av rammen da et vogntog passerte. Selv om dette ikke førte til en person- eller materiellskade, representerte hendelsen en risiko for at en slik skade kunne ha oppstått.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. januar 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har brutt forskriften § 13-1 ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn. Innklagede har ikke synliggjort hvilke tekniske tilleggskrav det er behov for å stille, og har heller ikke godtgjort at eventuelle krav ikke kunne ivaretas innenfor rammen av den pågående konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Det foreligger saklig grunn for avlysning. Innklagede hadde behov for å fastsette spesifikke krav til utforming av lås/sikringsanordning på kumlokkene for å ivareta grunnleggende hensyn til HMS. Slike krav kunne ikke stilles innenfor rammen av den gjennomførte konkurransen i samsvar med oppdragsgivers endrings- og avklaringsadgang. Den manglende spesifiseringen ville få betydning i kontraktsfasen.
- (12) Klagers tilbud skulle uansett ha vært avvist fra konkurransen, som følge av det inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Forbeholdene medførte i alle tilfeller tvil om rangeringen av klagers tilbud i forhold til de øvrige tilbudene.
- (13) Klagers forbehold om at "*minimumsbestilling er 30 sett lokk og ramme pr bestilling*" har en klar prismessig konsekvens for oppdragsgiver, for det tilfelle at VIVA ønsker å bestille separate lokk eller rammer, eller under 30 sett. Det er ikke mulig å bedømme den nøyaktige prismessige konsekvensen, som derfor innebærer tvil om tilbuds rangeringen.
- (14) Også klagers tilbudsformulering om at "*leveringstid fra bestilling er ca. 4 måneder*" må anses å utgjøre et forbehold, ettersom kjøpsloven § 9 (1) krever at tingen skal leveres "*innen rimelig tid*" etter kjøpet, jf. pkt. 7.3 i de alminnelige kontraktsbetingelsene.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammer og kumlokk som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen, men det fremgikk at verdien var under EØS-terskelverdi. Tilbudsprisene bekrefter dette. 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 og 2-2.

Lovligheten av å avlyse konkurransen

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 13-1 ved å avlyse konkurransen uten å ha saklig grunn til dette.
- (17) Det følger av forskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver *"kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn"*. Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt beror på en helhetsvurdering, der det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for avlysningen, utløsende omstendigheter og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Høyesteretts avgjørelser inntatt i Rt. 2001 side 473 og Rt. 2007 side 983, samt klagenemndas saker 2008/60 premiss 29 og 2008/216 premiss 34. I tråd med førstnevnte kjennelse er det i praksis oppstilt en lav terskel for hva som kan utgjøre saklig grunn til å avlyse. Det er en forutsetning at avlysningen *"hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering"*, jf. de nevnte avgjørelsene fra Høyesterett.
- (18) Innklagede har i hovedsak begrunnet avlysningen med behovet for at de anskaffede produktenes lås-/sikringsanordning oppfylte tekniske spesifikasjoner.
- (19) Konkurranses grunnlaget stilte få tekniske krav, og inneholdt ikke krav om å dokumentere oppfyllelse av disse. Det *var* stilt krav om lås-/sikringsanordning, men kravet var ikke spesifisert ytterligere. I avlysningsbrevet forklarte innklagede behovet for tekniske spesifikasjoner med en henvisning til en ulykke i Drammen kommune, samt de tekniske spesifikasjoner denne kommunen stiller. Det var inntatt en link til disse spesifikasjonene i avlysningsbrevet. Klagenemnda har i flere saker kommet til at behov som oppdragsgiver blir oppmerksom på, og som ikke er ivarettatt i den pågående konkurransen, kan gi saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. eksempelvis sak 2012/183 avsnitt (20).
- (20) Etter at innklagede ble gjort oppmerksom på at valgte leverandør oppfylte de spesifikasjonene som avlysningsbrevet henviste til, opplyste innklagede i et nytt brev at disse spesifikasjonene ikke ville bli benyttet. Innklagedes eierkommuner, Hurum, Lier og Røyken, ville utarbeide egne tekniske krav. Klagenemnda er ikke uenig i at disse kommunene kan velge andre spesifikasjoner enn Drammen kommune. Når avlysningsbrevet viser til ulykken i Drammen, samt de spesifikasjonene som denne kommunen stiller, må det imidlertid forventes at innklagede i noen grad kan konkretisere hvilke *andre* tekniske krav det er behov for å stille.
- (21) Gjennom en relativt omfattende saksforberedelse for nemnda og til tross for gjentatte oppfordringer, har innklagede likevel ikke vist til konkrete krav som det var aktuelt å stille i den etterfølgende konkurransen. Slik saken er opplyst for nemnda, er det altså ikke identifisert et bestemt behov som ikke ville bli dekket ved kjøp av klagers produkter. Innklagede har forklart at det ikke var avgjort hvilke krav man ville stille, og at en grundig gjennomgang av egne behov var nødvendig for å klarlegge dette. Klagenemnda er enig i at dette etter omstendighetene kan utgjøre en saklig grunn for å avlyse konkurransen. Det må imidlertid forventes at en oppdragsgiver, når kontrakt som her er tildelt, i hvert fall gjør en foreløpig vurdering av hvilke krav det er aktuelt å stille, og vurderer om disse kan ivaretas innenfor rammen av den pågående konkurransen.
- (22) Kravene innklagede ville utrede gjaldt lås-/sikringsanordning for rammer og kumlokk. De aktuelle kravene angikk ikke anskaffelsens art eller omfang, og ville formodentlig heller ikke foranledige ytterligere endringer i konkurransedokumentene. Innklagedes behov for en sikker anordning kunne naturligvis fordre faglige vurderinger eksempelvis

av hvilke ulike alternativer som forelå på markedet. Det er imidlertid ikke synliggjort at det var behov for omfattende utredninger av aktuelle krav. Til dette kommer at i hvert fall to av kommunene tilsynelatende allerede hadde inntatt et spesifikt krav til lås-/sikringsanordninger i sin VA-norm, jf. premiss (6) ovenfor, og at samarbeidskommunen¹ Drammens VA-norm inneholdt ytterligere tekniske krav til slike anordninger. Ettersom utredningsbehovet gjaldt en begrenset og konkret anordning ved produktene, burde innklagede, etter å ha avlyst konkurransen på dette grunnlag, i hvert fall kunne antyde hvilke konkrete krav det var aktuelt å stille. Slik saken er opplyst er det heller ikke klart hvorfor innklagede måtte avlyse konkurransen for å gjøre en slik gjennomgang av aktuelle krav.

- (23) Det var ingen indikasjoner på at klagers tilbudte produkter ikke oppfylte det kravet til lås-/sikringsanordning som faktisk var stilt, selv om innklagede ikke hadde kontrollert eventuell dokumentasjon i denne forbindelse. Klager anfører i denne forbindelse at behovet for å sikre at de anskaffede produktene oppfylte relevante HMS-krav, lovlig kunne ha vært ivarettatt ved at innklagede avklarte dette med klager, som var tildelt kontrakten. Klager viser i denne forbindelse til at klagers produkter oppfylte kravene i VA-normen for Drammen kommune, som innklagede viste til i avlysningsbrevet.
- (24) Innklagede hadde altså ikke tatt kontakt med klager for å undersøke på hvilken måte lås-/sikringsanordningen i klagers tilbudte produkter ivaretok HMS-krav. Innklagede hevder at slike avklaringer med klager ikke ville ha vært lovlige, jf. forskriften § 8-2 (1), som gjelder endring av konkurransegrunnlaget innen tilbudsfristens utløp. Klager bestriker dette.
- (25) Det gjelder ingen ubetinget plikt for oppdragsgiver til å avklare om valgte leverandørs tilbud oppfyller oppdragsgivers identifiserte behov, før man eventuelt kan konstatere at en avlysning er saklig. Hertil kommer at rekkevidden av forhandlingsforbudet i § 12-1 er uklar, og etter omstendighetene kan gi grunnlag for betydelige faktiske og rettslige vansker. En avklaring av hva den tilbudte ytelsen omfattet, utover det som var krevd i konkurransegrunnlaget eller uttrykkelig fremgikk av tilbudet, utgjør imidlertid i seg selv ingen endring av konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde stilt krav om lås-/sikringsanordning, og en avklaring av de nærmere egenskapene til klagers tilbudte anordning, eksempelvis dokumentasjon på at lås-/sikringsanordningen var testet og godkjent, representerer heller ikke en endring av tilbudet som strider mot forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1. Innklagedes vurdering av at man var avskåret fra å forhøre seg med klager om de tekniske spesifikasjonene på klagers lås-/sikringsanordning, var derfor basert på en uriktig forståelse av forskriften.
- (26) Innklagede har også vist til at de eksisterende leverandørene av rammer og lokk ikke ville opprettholde garantien på monterte rammer/lokk som benyttes sammen med rammer/lokk fra andre produsenter. Dette er imidlertid en helt vanlig problemstilling ved vareanskaffelser, og gir ikke alene grunnlag for å etterspørre et bestemt merke i henhold til forskriften § 8-3, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2012/220 premiss 29 flg. Innklagede har ikke anført at det på annen måte ville utgjøre uforholdsmessig store vansker å kjøpe produkter fra andre enn eksisterende leverandører. For øvrig gjaldt anskaffelsen et likt antall lokk og rammer, hvilket formodentlig har sin

¹ Innklagede deltar i samarbeidet "Godt Vann Drammensregionen", med blant andre Drammen kommune.

forklaring i at disse skulle brukes som sett, og at det i mindre grad var tale om utskifting av enkeltelementer.

- (27) Innklagede har endelig vist til at kravspesifikasjonens referanse til NS-EN 124 gjaldt en tilbaketrukket standard, og at dette utgjør en saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (28) Frem til 1. september 2015, dagen før tilbudsfristen, var den gjeldende versjonen av denne standarden fra 1994. Verken 1994- eller 2015-versjonen spesifiserer eller harmoniserer imidlertid hvilke lås-/sikringsanordninger som skal benyttes. 2015-versjonen av standarden introduserte riktignok en *"test of securing of covers/gratings within the frame added"*, men innklagede har ikke hevdet at det var aktuelt å kreve produkter som var testet i henhold til denne. Avlysningen ble altså ikke utløst av at det ble utgitt en ny versjon av den relevante standarden. Det var heller ikke slik at innklagede ved avlysningen ønsket å anskaffe produkter som var testet og godkjent etter den nye standarden. Slik saken er opplyst utgjorde derfor ikke NS-EN 124:2015 en saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (29) Innklagede begrunnet avlysningen med et behov for å forsikre seg om at de anskaffede produktene var forsvarlige med hensyn til HMS. Innklagede har imidlertid ikke kunnet vise til at klagers produkter ikke oppfylte relevante og aktuelle HMS-krav, eller synliggjort hvilke aktuelle krav som ikke var ivaretatt i konkurransen.
- (30) Det kan ikke utelukkes at det var saklig grunn til å avlyse konkurransen. Slik saken er opplyst for klagenemnda, har innklagede imidlertid ikke vist at avlysningen var begrunnet i manglende ivaretagelse av relevante behov. Det forelå dermed ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1.
- (31) Innklagedes anførsel om at det forelå *plikt* til å avlyse konkurransen fordi det forelå en uklarhet i konkurransegrunnlaget, kan heller ikke føre frem. Det utgjør ingen uklarhet at innklagede kunne ha valgt å stille mer spesifikke krav til lås-/sikringsanordning.

Avvisning av klagers tilbud

- (32) Innklagede har, i korrespondansen i forbindelse med denne klagesaken, hevdet at klagers tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen, på grunn av at det inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav d, og alternativt at forbeholdene medførte tvil om rangeringen av klagers tilbud i forhold til de øvrige tilbudene, jf. samme bestemmelse bokstav f.
- (33) Det er for det første vist til at klager hadde inntatt et forbehold om at *"minimumsbestilling er 30 sett lokk og ramme pr bestilling"*. Innklagede mener at dette forbeholdet har en klar priskonsekvens, ettersom innklagede muligens ønsker å bestille separate lokk eller rammer, eller under 30 sett.
- (34) I den grad dette i foreliggende konkurranse, som gjaldt et bestemt antall lokk og rammer, kan sies å utgjøre et forbehold, er det ingen ting som tilsier at det er vesentlig, eller at det hadde en slik priskonsekvens som innklagede anfører. Nest laveste pristilbud var for øvrig ca. 8,5 % dyrere enn klagers tilbud. Det samme gjelder innklagedes anførsel om at klagers tilbudsformulering om at *"leveringstid fra bestilling er ca. 4 måneder"* må anses å utgjøre et vesentlig forbehold, jf. kjøpsloven § 9 (1) som krever at tingen skal leveres *"innen rimelig tid"*.

Erstatning

- (35) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Konklusjon:

Vestviken interkommunale vei-, vann- og avløpsselskap IKS har brutt forordningen § 13-1 ved å avlyse konkurransen uten å ha "*saklig grunn*".

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

[Redacted signature]

[Redacted signature]