



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse.

Innklagede inviterte fire leverandører til å inngi tilbud på ny sjøledning i Drevika. Kontrakt ble tildelt klager, som hadde det eneste gjenstående tilbudet. Like før kontraktsignering avlyste innklagede konkurransen, da det allerede forelå rammeavtaler som gjaldt samme type oppdrag, og dermed kunne benyttes for å dekke oppdragsgivers behov. Klager anførte at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 2. desember 2024 i sak 2024/0780

Klager: Fagdykk AS

Innklaget: Ålesund kommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Kjersti Holum Karlstrøm og Christina Paludan Melson.

Bakgrunn:

- (1) Ålesund kommune (heretter *innklagede*) inviterte den 16. januar 2024 fire leverandører til å gi tilbud på ny sjøledning i Drevika. Anskaffelsens verdi var estimert til «over 2 millioner kroner». Tilbudsfrist var 26. januar 2024.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende om oppdraget:

«Formålet med anskaffelsen er å få erstattet eksisterende tett sjøledning med ny fremtidsrettet løsning for optimal drift og hindre utslipp. Eksisterende sjøledning har gått tett og kan ikke spyles/pluggkjøres. Det ble derfor besluttet at denne må erstattes med ny sjøledning som er tilrettelagt for pluggkjøring. Det er planlagt å benytte eksisterende flenser til å koble i fra gammel ledning, fjerne denne og erstatte denne med ny ledning i samme trase.»

- (3) Innklagede mottok tilbud fra to leverandører innen tilbudsfristen, herunder fra Fagdykk AS (heretter *klager*) og Amundsen Diving AS. Tilbudet fra Amundsen Diving AS ble avvist som følge av unormalt lav pris. Eksisterende rammeavtaleleverandør, Olav Erik Hagen AS, leverte tilbud etter at tilbudsfristen var utløpt.
- (4) Den 6. februar 2024 ble kontrakt tildelt klager.
- (5) Den 15. februar 2024 sendte innklagede følgende e-post til klager:

«Hei,

Ble oppringt i dag av vår innkjøpsavdeling angående gjeldende rammeavtale på dykkertjenester. Det er da dessverre slik at vi er nødt til å avlyse konkurransen.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Rørbestillingen må da også avbestilles snarest. Sendte dere en epost angående dette tidligere i dag.

Vi beklager dette. Men vi er nødt til å følge regelverket og avtalen som er inngått angående dykkertjeneste anskaffelser.

Jeg har tolket avtalen feil og kjørt en konkurranse som er i strid med avtalen.»

- (6) Innklagede og klager gjennomførte en telefonsamtale 27. februar 2024 hvor det ble gjort enkelte avklaringer. Slik klager har gjengitt avklaringene, redegjorde innklagede for at arbeidet med ny sjøledning opprinnelig ble vurdert som så omfattende at det skulle lyses ut som en egen konkurranse, og ikke ved avrop på inngått rammeavtale. Etter tildeling ble innklagede oppmerksom på at eksisterende rammeavtale måtte benyttes, og konkurransen måtte avlyses. Uttalelsen om at avtalen var tolket feil ble ikke utdypet. Innklagede informerte om at en inngåelse av kontrakt når det forelå rammeavtale ville utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Til klagers spørsmål om arbeidets omfang og om rammeavtalen var eksklusiv eller på noe vis forhindret ny konkurranseutlysning, ble det svart at siden det foreligger rammeavtale, skal den benyttes. Klagers oppfatning etter samtalen var derfor at avlysningen var begrunnet med at det forelå en rammeavtale som burde vært benyttet.

- (7) Innklagede hadde således allerede inngått to rammeavtaler, «Anskaffelse – Rammeavtale dykkerarbeid», hvor Olav Erik Hagen AS var leverandør, og «Anskaffelse – Rammeavtale rør og rørdeler».

- (8) Av anskaffelsesdokumentene til «Anskaffelse – Rammeavtale dykkerarbeid» fremgikk følgende om rammeavtalens omfang:

«Anskaffelsens verdi er anslått til å være mellom 20 til 25,0 MNOK. Rammeavtalen vil ha en maksimal ramme på 30 MNOK over hele avtalens varighet. Oppdragsgiver presiserer at anslått verdi er et erfaringsmessig anslag og vil kunne variere fra år til år.

Oppdragsgiver forholder seg retten til å ikke benytte rammeavtalen for større oppdrag. Med større oppdrag menes oppdrag med en verdi over 3 MNOK.»

- (9) Av anskaffelsesdokumentene til «Anskaffelse – Rammeavtale rør og rørdeler» fremgikk følgende:

«Kunde kan gå utenom avtalen ved større prosjektleveranser. Dette når produktene utgjør minimum NOK 250 000.»

- (10) Klagen ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. mai 2024.

- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. november 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen. Selv om anskaffelsen følger forsyningsforskriften del I, må § 21-4, som stiller krav til at det må foreligge saklig grunn for avlysning, gjelde analogisk. Det foreligger ikke saklig grunn til avlysning.

- (13) Konkurransen er avlyst etter at kontrakt er tildelt, og kontraktutkast er godkjent, men enda ikke signert, av begge parter. Innklagede hadde bedt om at materiell ble satt i bestilling. Dette tilsier at terskelen for hva som anses som saklig grunn er høynet.
- (14) Begrunnelsen for avlysningen er at det allerede eksisterte rammeavtaler som utelukket konkurranseutsetting av konkurransen. Innklagede mente at det ville bli gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse om kontrakten ble inngått. Dette medfører ikke riktighet. Rammeavtalen gir ikke rammeavtaleleverandøren eksklusiv rett til å gjennomføre dykkerarbeid for innklagede. Oppdrag over 3 millioner kroner skal konkurranseutsettes. Anskaffelsen som er påklaget i denne saken var godt over denne terskelen. Hensikten med konkurranseutlysningen kan hevdes å være en testing av markedet for å sammenligne priser med rammeavtalen som var inngått.
- (15) Kommunen var klar over rammeavtalens bestemmelser om særskilt konkurranseutsetting forut for utlysning og tildeling, og kan derfor bebreides for å ha satt seg i en posisjon som de nå mener begrunner en avlysning. Også det at rammeavtaleleverandøren innga tilbud støtter at oppdraget ikke kunne gjennomføres på rammeavtalen, og at det derfor ikke foreligger saklig grunn.
- (16) Det kan heller ikke foreligge saklig grunn på grunnlag av estimert verdi og prisnivå, og manglende konkurranse. Innklagede står fritt til å lyse ut kontrakter selv om det foreligger rammeavtaler. Anskaffelsens estimerte verdi var også «over» 2 millioner kroner, og dermed uten en øvre grense. Det var heller ikke tatt forbehold om finansiering eller kostnadsnivå. Når innklagede først har påberopt seg manglende konkurranse og at det gjensod ett tilbud først i anledning klagesaken til klagenemnda, kan dette ikke utgjøre saklig grunn for avlysningen. Dette fremstår oppkonstruert og er en etterfølgende begrunnelse som ikke kan legges til grunn.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Det bestrides at regelverket er brutt. Det forelå saklig grunn til avlysning. Selv om terskelen for avlysning er høyere jo lenger ut i anskaffelsesprosessen man er kommet, er det likevel mulig å avlyse en konkurranse frem til kontrakt er signert. Konkurransen ble avlyst så snart det ble avdekket at det forelå saklig grunn til avlysning.
- (18) At valgte leverandør velger å allokere mannskap og bestille utstyr før kontrakt er signert er leverandørens risiko. Å lyse ut oppdrag med en verdi på over tre millioner er en rett for oppdragsgiver, og ikke en plikt. Dette gjelder selv om klagers tilbud var på over fire millioner kroner ekskl. mva. Det foreligger en lojalitetsplikt i de eksisterende rammeavtalene, og avtalene skal ikke fravikes med mindre det er gjort en konkret vurdering.
- (19) Ved vurdering av kontraktens estimerte verdi, er det oppdragsgivers estimat som skal legges til grunn, og ikke størrelsen på leverandørens tilbud. Det forelå saklig grunn for avlysning da valgte leverandørs tilbud var mye høyere enn oppdragsgivers estimat. Klagers tilbud var over dobbelt så dyrt som estimatet, som var «over 2 millioner» kroner.
- (20) Det forelå også saklig grunn ved at det kun gjensto ett tilbud i konkurransen. Det grunnleggende prinsippet om konkurranse er derfor ikke oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utskiftning av ledning i Drevika, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til over to millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) av 12. august 2016 nr. 975 del I, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.
- (22) Denne konkurransen følger anskaffelsesloven og forsyningsforskriften del I, som ikke inneholder regulering om når oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse. Det følger imidlertid av lovens § 4 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene. Klagenemnda forstår at reguleringen i forsyningsforskriften del II om at en anskaffelse kan avlyses når det foreligger saklig grunn, er utledet fra de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet avveid mot formålet med å gjennomføre anskaffelser som er at oppdragsgiver skal få en god behovsdekning på best mulig vilkår.
- (23) Klagenemnda finner det videre klart at dersom det ville vært tillatt å avlyse etter forsyningsforskriften del II, må det også være tillatt etter forsyningsforskriften del I.
- (24) Det er i utgangspunktet en lav terskel for at det foreligger «*saklig grunn*» til avlysning etter del II, se blant annet LF-2018-82338. Det er mange grunner som kan anses å utgjøre saklig grunn for avlysning, blant annet manglende finansiering eller endringer i oppdragsgivers behov, eller forutsetningene for konkurransen for øvrig. Videre har Høyesterett i HR-2019-1801-A *Fosen Linjen*, premiss 85 flg., lagt til grunn at subjektive omstendigheter kan være av relevans i totalvurderingen, men peker på at det også vil kunne være saklig grunn til å avlyse selv om oppdragsgiver har gjort en feil, jf. avsnitt 85.
- (25) I vår sak gjennomførte innklagede en konkurranse om ny sjøledning i Drevika. Innklagede mottok to tilbud før tilbudsfristen, hvor ett ble avvist. Ett annet tilbud ble også mottatt etter tilbudsfristens utløp. Innklagede sto derfor igjen med ett tilbud, og tildelte kontrakt til denne leverandøren. Samme dag som kontrakt skulle signeres, avlyste innklagede konkurransen.
- (26) Innklagede har forklart at det foreligger en lojalitetsplikt til eksisterende rammeavtaleleverandører, og at utgangspunktet er at disse skal benyttes. I sin muntlige begrunnelse til klager, har også innklagede lagt til grunn at dersom kontrakt med klager ble inngått, sto man i fare for å gjennomføre en ulovlig direkte anskaffelse. Det bemerkes til dette at en ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Denne saken gjelder en konkurranse som omfattes av forsyningsforskriften del I, som ikke er kunngjøringspliktig. Å inngå kontrakt med klager, ville derfor ikke vært en ulovlig direkte anskaffelse, uavhengig av om det foreligger en eksisterende rammeavtale.
- (27) Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det ikke helt klart om årsaken til at konkurransen ble lyst ut var en misforståelse av om det i det hele tatt forelå rammeavtaler som skulle benyttes, om rammeavtalene ble tolket feil, eller om det var andre grunner til at rammeavtalene i utgangspunktet ikke ble benyttet. Klagenemnda finner det imidlertid

sannsynliggjort at konkurransen i denne saken er gjennomført på reelle premisser, da det forelå en oppfatning hos gjennomførende personell hos innklagede om at anskaffelsen måtte konkurranseutsettes. Nemnda har derfor ikke grunnlag for å si at anskaffelsen ble konkurranseutsatt for å teste markedet. Når den eventuelle misforståelsen ble oppdaget, bortfalt behovet for å gjennomføre konkurransen. Etter nemndas syn må oppdragsgiver lovlig kunne avlyse konkurransen dersom behovet for anskaffelsen bortfaller. Dette vil klart være i tråd med lovens formål, og er i klagenemndspraksis akseptert som en saklig grunn. Nemnda kan heller ikke se at bestemmelsene i rammeavtalene vedrørende større oppdrag og prosjektleveranser, medfører en plikt for innklagede til å gå utenfor rammeavtalene.

- (28) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke har brutt de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 ved å avlyse konkurransen.

Konklusjon:

Ålesund kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur