



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Innsyn/taushetsplikt.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av rammeavtale for arkitekt- og rådgivertjenester. Innklagede og klager inngikk kontrakt. Klager anførte brudd på taushetsplikten, at det ikke var saklig grunn for avlysning og at det ikke var mulig å avlyse konkurransen etter kontraktinngåelse. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 7-4 ved å offentliggjøre leverandørenes tilbudte timepriser. Klagers anførsel om urettmessig heving av kontrakt og at avlysningen ikke var saklig ble avvist på grunn av manglende saklig klageinteresse.

Klagenemndas avgjørelse 2. april 2025 i sak 2024/1936

Klager: Aquapartner AS

Innklaget: Vega kommune

Klagenemndas

medlemmer: Hallgrim Fagervold, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Vega kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 2. oktober 2024 en konkurranse etter anskaffelsesforskriften del I for anskaffelse av rammeavtaler til drift-teknisk avdeling i Vega kommune. Anskaffelsens verdi ble ikke oppgitt. Tilbudsfristen var 18. oktober 2024.
- (2) Formålet med anskaffelsen var å ivareta innklagedes behov for følgende tjenester: «Arkitekt og rådgiver tjenester – Bygningsarbeider – Elektro – Maskin- og gravetjenester – Slamtømming med septikvogn – Taksikring – Veivedlikehold – VVS-VA». Konkurransen var delt inn i åtte delkontrakter, og det var utarbeidet eget konkurransegrunnlag med vedlegg, herunder prisskjema for samtlige delkontrakter. Det var planlagt å inngå parallelle rammeavtaler med inntil tre leverandører.
- (3) En av delkontraktene var «Arkitekt og rådgivertjenester», og var delt inn i ti ulike fagområder. Konkurransen åpnet for inngivelse av deltilbud på de ulike fagområdene, som var:

«Følgende rådgivertjenester etterspørres

- Saksbehandling plan og byggesak
- Juridisk bistand ifb. plan og byggesaksavvik
- Ansvarlig Søker
- Arkitektur
- Teknisk tegner
- Bygningsingeniør
- VVS-rådgivning (RØR)

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- VVS-rådgivning (Ventilasjon)
- Elektrorådgivning
- Automasjonsrådgivning»

- (4) Tildelingskriteriet fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4:

«Tildelingen vil skje på bakgrunn av hvilket tilbud som har lavest pris iht vedlegg «pris og påslagsprosjenter» etter at tilbyderne har blitt vurdert som kompetente for å utføre oppgaven.

Pris vil bli evaluert ut fra totalsum ekskl. mva. Laveste totalsum vil få 10 poeng.»

- (5) Konkurransegrunnlagets vedlegg 1 inneholdt et prisskjema hvor leverandørene skulle fylle inn tilbudt timepris på de ulike fagområdene. Det var verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget for delkontrakten angitt verdi eller volum for delkontraktens samlede verdi eller for de ulike fagene.
- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud på fagområdet «Juridisk bistand ifb. plan og byggesaksavvik» for delkontrakten «Arkitekt og rådgivertjenester», herunder fra Aquapartner AS (heretter klager) og Asplan Viak AS.
- (7) Tildelingsbrev ble sendt 1. november 2024, vedlagt åpningsprotokoll og anskaffelsesprotokoll. Det ble tildelt rammeavtale til to leverandører per fagområde, i alt 20 rammeavtaler. For fagområdet «Juridisk bistand ifb. plan og byggesaksavvik» ble klager og Asplan Viak AS tildelt kontrakt. Åpningsprotokollen inneholdt alle timeprisene til hver leverandør, og de to laveste timeprisene for hvert fagområde var markert.
- (8) Kontrakt mellom innklagede og klager ble inngått 13. november 2024.
- (9) Innklagede avlyste konkurransen 14. november 2024 etter klage på tildelingen fra Asplan Viak AS, med følgende melding i Mercell:

«Hei,

Det er kommet inn klage på evaluering iht tildelingskriterie, det er i tillegg sendt ut avtale til leverandører før at klagefrist var gått ut.

Med bakgrunn i dette må konkurransen avlyses og Vega kommune må beklage på det sterkeste den situasjon som har oppstått og de ulemper dette har medført tilbydere.»

- (10) Klager besvarte meldingen samme dag og ba om en begrunnelse på hvordan klagen var behandlet og hva som tilsa behovet for å avlyse.
- (11) Innklagede besvarte meldingen samme dag per e-post til klager. I e-posten ble klagen fra Asplan Viak AS oversendt, og det ble opplyst at innklagede «ikke ønsker å gå videre med juridiske vurderinger/prosesser iht anbudsgrunnlag, kriterier, etc. Vi har derfor besluttet å avlyse konkurransen, avklare de punkter i grunnlaget som det er uenighet om og deretter lyse ut konkurransen på nytt».
- (12) Avlysningen gjaldt etter det opplyste kun delkontrakt «Arkitekt og rådgivertjenester» med samtlige tilhørende fagområder, og ble meddelt alle leverandører som hadde inngitt tilbud på de ti ulike fagområdene i delkontrakten. Slik saken er opplyst for nemnda, har

innklagede på tidspunktet for avlysningen ikke signert kontrakt med noen av de øvrige leverandørene som var tildelt kontrakt på de ulike ti fagområdene.

(13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. desember 2024.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. mars 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt taushetsplikten i forskriften § 7-4 og forvaltningsloven § 13 ved å levere ut en protokoll hvor alle timepriser er tilgjengelig. I anskaffelser av konsulenttjenester, hvor pris ofte er enten eneste eller i det minste et høyt vektet tildelingskriterium, vil det være svært ødeleggende for leverandørene å få offentliggjort sine priser. Det vil også gjøre det svært vanskelig for de samme leverandørene å delta i den nye konkurransen innklagede har varslet at de vil gjennomføre, fordi alle leverandørene nå er kjent med konkurrentens prisnivå gjennom konkurransen som er avlyst. Det er enda mer alvorlig at bruddet på taushetsplikten medfører at det blir vanskelig for leverandørene å konkurrere på generelt grunnlag, når mange av konkurrentene kjenner til de øvriges enhetspriser.
- (16) Avlysningen er ikke saklig begrunnet. Det fremstår som at innklagede ikke har vurdert innholdet i klagen på tildelingen, men umiddelbart bestemt seg for at den enkleste utvei er å avlyse konkurransen. Dette synes støttet av e-post 14. november 2024 hvor innklagede skriver at de ikke *«ønsker å gå videre med juridiske vurderinger»* etter at klager påpekte at innklagede måtte begrunne valget om å avlyse. Innklagede har altså ikke vurdert klagen eller de forholdene som tas opp i klagen, og dermed brutt begrunnelsesplikten.
- (17) Uavhengig av om innklagede hadde rett eller plikt til å avlyse konkurransen, var det ikke anledning til å heve kontrakten som allerede var inngått.
- (18) Innklagede må holdes erstatningsansvarlig for følgene av at man har avlyst konkurransen. Selv der konkurranser avlyses med en saklig begrunnelse, og før kontraktinngåelse, kan innklagede bli erstatningsansvarlig. Innklagede hadde ikke anledning til å avlyse konkurransen etter kontraktinngåelse. Dette er et brudd på den inngåtte avtalen mellom klager og innklagede, og det kreves erstatning for både positiv og negativ kontraktsinteresse for dette, jf. anskaffelsesloven § 10.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Konkurranses grunnlaget for delkontrakten inneholder flere feil som medfører avlysningsplikt på et tidspunkt forut for kontraktsinngåelsen/signering. Det foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet fordi det ikke er angitt volum eller estimat for delkontrakten og de respektive fagområdene.
- (20) Konkurranses grunnlaget er uklart og tildelingskriteriet ulovlig. Slik ordlyden i konkurranses grunnlaget punkt 4 *«Tildelingskriteriene»* er utformet, sett opp mot utformingen av prisskjemaet, er det uklart hva som skal evalueres under priskriteriet. I vedlegget *«Timepriser»* var det ikke satt inn utfyllingskolonne for påslagsprosent eller totalsum. Bruk av ulovlig tildelingskriterium er en feil som ikke kan rettes opp underveis i konkurransen og feilen kan følgelig ikke rettes uten gjennom avlysning, og feilen kan

ha virket inn på deltakelsen i eller utfallet av konkurransen. Når det foreligger pliktig avlysningsgrunn, er kravet til saklig grunn for avlysning oppfylt.

- (21) I denne konkurransen er det gitt tilstrekkelig fyllestgjørende begrunnelse for avlysningen. Kravet er at det skal gis en kort begrunnelse og opplysning om det vil bli gjennomført ny konkurranse. I FOA del I er det ikke gitt regler om avlysning. Begrunnelsesplikten følger av det grunnleggende prinsippet om krav til etterprøvbarehet, og skal vurderes i lys av kravet til forholdsmessighet. En mangelfull begrunnelse innebærer uansett ikke at kravet til saklig grunn eller grunnlaget for avlysningsplikten, ikke anses oppfylt.
- (22) Vilkår om erstatningsrettslig vern er ikke oppfylt. Krav om positiv kontraktsinteresse er ikke erstatningsrettslig vernet når det foreligger pliktig avlysningsgrunn. Klager kan ikke ha en berettiget forventning som er beskyttet av erstatningsreglene, dersom kontraktinngåelse var i strid med anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesregelverket gjelder med unntak av reglene om vesentlig endring, kun frem til kontrakt er inngått. Det kan reises spørsmål om loven § 10 er rett hjemmelsgrunnlag for et krav om erstatning for avlysning etter kontraktinngåelsen, eller om et eventuelt erstatningsansvar må hjemles i den konkrete kontrakten og kontraktsretten grunnet uberettiget oppsigelse/heving.
- (23) Klagers anførsel om brudd på taushetsplikten er ikke tilstrekkelig begrunnet eller dokumentert. Det må konkret påvises hvordan et eventuelt brudd vil påvirke konkurransen mellom selskapene, jf. forvaltningsloven § 13. Det er ikke tilstrekkelig å vise til at kravet er brutt, fordi timepriser ble sendt ut. Hva som utgjør en forretningshemmelighet, må i utgangspunktet vurderes konkret i forhold til den enkelte anskaffelse. I denne konkurransen ble opplysningene om timepriser sendt ut i forbindelse med tildeling av rammeavtaler, hvor tildelingskriteriet var laveste pris og timeprisene var evalueringsgrunnlaget alene. For innklagede ble det i en slik situasjon vanskelig å oppfylle begrunnelsesplikten på en annen måte. Opplysninger om timepriser ga i denne sammenheng markedet et helt objektivt grunnlag for å etterprøve om tildelingen er skjedd i samsvar med tilkjennegitte tildelingskriterium.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtaler for drift innen forskjellige områder, og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser, er konkurransen gjennomført etter forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser del I, jf. forskriften § 5-1.
- (25) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede har brutt taushetsplikten ved å offentliggjøre leverandørenes timepriser i åpningsprotokollen og anskaffelsesprotokollen.
- (26) Det fremgår av forskriften § 7-4 (1) at «*reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven*» gjelder ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av forskriften. Taushetsplikten for forretningshemmeligheter gjelder for opplysninger «*om drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår*», se forvaltningsloven § 13.
- (27) Det er på det rene at leverandørenes timepriser i denne saken gjelder leverandørenes forretningsforhold. Hva som utgjør opplysninger av konkurransemessig betydning å

hemmeligholde, må vurderes konkret, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/666, avsnitt 35.

- (28) Totalpriser i et tilbud er normalt satt sammen av en rekke priskomponenter og er sjelden unntatt offentlighet. Enhetspriser og timepriser derimot er opplysninger som lett anses å være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. 2020/666, avsnitt 36 med videre henvisninger. I nevnte sak hadde innklagede vedlagt en oversikt som gjorde det mulig for andre leverandører å regne seg frem til hverandres timerater, jf. avsnitt 32. Slik prisinformasjon gjaldt leverandørenes forretningsforhold, og var et brudd på taushetsplikten, jf. avsnitt 34.
- (29) Dersom enhetspriser er egnet til å avsløre forretningsmessige forhold som leverandøren vil kunne ha konkurransemessig behov for å hemmeligholde, vil opplysningene også være relevante ved senere konkurranser eller overfor andre potensielle kjøpere, med mindre opplysningene er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder jf. sivilombudsmannens sak 2010/65 og LF-2008-82111. Når slike opplysninger blir gjort kjent, foreligger det en reell fare for økonomisk tap eller redusert gevinst for den aktuelle leverandøren som får sine timepriser offentliggjort. Andre aktører i samme marked kan utnytte opplysningen kommersielt.
- (30) Markedet for konsulentttjenester er ikke særegent, da det er mange leverandører på markedet. Aktørene er av ulik størrelse og kompetanse, og må antas å ha ulike prissettingsstrategier. For mindre leverandører kan det være viktig å sikre offentlige oppdrag, mens det for større aktører kan være viktig å sikre større volum, sml. klagenemndas sak 2015/143, avsnitt 53. I konkurransen klagen gjelder, fikk 16 leverandører innsyn i timeprisene til hverandre for opptil ti fagområder. Ved en eventuell utlysning av ny konkurranse vil samtlige tilbydere ha opplysninger om hverandres tilbudspriser på de forskjellige fagområdene. Leverandørene kan dermed utnytte opplysningene kommersielt både i denne anskaffelsen, og potensielt også ellers.
- (31) Timeprisene til konsulentttjenestene er her satt ut fra ulike prissettingsstrategier som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Leverandørenes timepriser er dermed i utgangspunktet taushetsbelagte opplysninger, og å utlevere dem utgjør et brudd på forskriften § 7-4, jf. forvaltningsloven § 13.
- (32) Innklagede har forklart at utleveringen av timeprisene ble gjort for å oppfylle begrunnelsesplikten ved tildeling av kontrakt. Opplysninger om timepriser ga derfor leverandørene et objektivt grunnlag for å etterprøve om tildelingen skjedde i samsvar med tildelingskriteriet. Til dette bemerker nemnda at taushetsplikten gjelder uavhengig av om innklagede har en plikt til å begrunne tildelingen. Anskaffelsen er også gjennomført etter anskaffelsesforskriften del I, som ikke oppstiller en egen begrunnelsesplikt. En eventuell plikt til å begrunne en tildeling følger da av det grunnleggende prinsippet til etterprøvbarehet i loven § 4. I et tilfelle som dette, kan det tenkes at innklagede kunne gitt en begrunnelse for tildeling ved å beskrive rangeringen av prisene, uten at det ble gitt opplysninger som kunne medføre at leverandørene kunne regne seg frem til hverandres timepriser. Klagenemnda har også tidligere godtatt at oppdragsgiver ikke utleverte leverandørenes enhetspriser ved begrunnelsen for tildeling i en anskaffelse hvor pris var eneste tildelingskriterium, fordi enhetsprisene var ansett som forretningshemmeligheter, se klagenemndas avgjørelse i stornemnd i sak 2015/143, avsnitt 56.

- (33) Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt forskriften § 7-4, jf. forvaltningsloven § 13, ved å utlevere leverandørenes tilbudte timepriser i åpningsprotokollen og anskaffelsesprotokollen. Klagers anførsel fører frem.
- (34) Klager har videre anført at innklagede ikke hadde anledning til å avlyse konkurransen etter kontrakt mellom klager og innklagede ble inngått 13. november 2024.
- (35) Klagenemnda bemerker at avlysningsadgang foreligger frem til kontrakt er inngått, se LB-2008-135286. Når kontrakt er inngått, er anskaffelsen skjedd, og forholdet mellom partene reguleres ikke lenger av anskaffelsesregelverket. I denne saken inngikk innklagede og klager kontrakt den 13. november, og innklagedes avlysning dagen etter, den 14. november, blir da, slik nemnda vurderer det, i realiteten en heving av allerede inngått kontrakt med klager. Anskaffelsesregelverket har prosedyreregler som oppdragsgivere må følge ved gjennomføringen av en offentlig anskaffelse, men har ingen regler om kontraktsbrudd etter at anskaffelsen er gjennomført. En inngått kontrakt er i utgangspunktet bindende, slik at overfor klager er konkurransen avsluttet. Konsekvensene av avlysningen og heving av kontrakten er ikke regulert av anskaffelsesregelverket, men kontraktsretten.
- (36) Det ligger utenfor klagenemndas kompetanse å ta stilling til konsekvensene av en ugyldig eller ulovlig heving. For å ha saklig klageinteresse må en klage til klagenemnda gjelde «*unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser*» etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. klagenemndsforskriften § 6 (1). Klager anførsel knyttet til urettmessig heving av kontrakt avvises, da de ikke gjelder brudd på lov om offentlige anskaffelser, jf. klagenemndsforskriften § 9, jf. § 6 (1).
- (37) Bruddet på taushetsplikten som klagenemnda har konstatert over, er av en slik karakter at det ikke kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir derfor ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforskriften § 13.
- (38) Klagenemnda har ikke funnet grunn til å uttale seg om vilkårene for at klager kan kreve erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforskriften § 12.

Konklusjon:

Vega kommune har brutt anskaffelsesforskriften § 7-4 ved å utlevere opplysninger som det var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur