



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inviterte til en åpen anbudskonkurranse for drift av en snøggåtrute. Etter at det var kommet inn tilbud, valgte innklagede å avlyse konkurransen. Klagenemnda fant at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, men at forskriftens § 13-1 (3), jf § 11-14 (2) bokstav d, var brutt ved at innklagede ikke hadde gitt tilbyderne en skriftlig melding med begrunnelse for avlysningen før ca 2,5 måneder etter at de forhold som begrunnet avlysningen, ble gjort kjent for innklagede.

Klagenemndas avgjørelse 24. september 2007 i sak 2007/71

Klager: Bergen-Nordhordland Rutelag AS

Innklaget: Hordaland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse. Spørsmål om kravet til "saklig grunn" var oppfylt. For sen melding om avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Hordaland fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. februar 2007 en åpen anbudskonkurranse for drift av snøggåtruten Reksteren-Våge-Os fra 15. august 2007 til 25. juni 2012, med opsjon på forlengelse i to år.
- (2) Det var i kunngjøringens punkt II.1.5) og i konkurransegrunnlagets punkt 1.2 opplyst at "Anbødet er eit totalanbod etter bruttoprinsippet". I konkurransegrunnlagets kapittel 3 "VEDERLAG" stod det følgende om bruttoprinsippet:

"Vederlag og timesatsar skal basere seg på bruttoprinsippet, dvs at billettinntektene tilfjell oppdragsgjevar medan operatøren får godtgjort for utført produksjon."

- (3) Fra konkurransegrunnlagets punkt 1.3 "ANBODSREGLAR" hitsettes regel nummer 2:

"OPPDRAAGSGIVAR er ikkje forplikta til å godta noko anbod

OPPDRAAGSGIVAR er ikkje forplikta til å godta noko anbod. Det same gjeld når det etter anbodsinnbydinga skjer endringar som gjer at kjøp ikkje lenger er aktuelt, eller spesifikasjonane må endrast. [...]"

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

- (4) I konkurransegrunnlagets kapittel 2 "Krav til leveransen" var det i punkt 2.3 stilt krav til "Fartøy". Krav nummer 19 lød slik:

"Passasjerkapasitet

Fartøy som skal nyttast i rute skal vere tilpassa trafikkbehova i kontraktsperioden og skal ha ein minimums passasjerkapasitet inkl. mannskap på 49 pax"

- (5) Kontrakt skulle i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 1.5 tildeles den leverandøren som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "Vederlag for driftsperioden ...", "Vederlag for forlenga driftsperiode (+ 2 år)", "Evne til å levere", "Fartøy", "Timesats for justering av vederlag ved AUKE i ruteproduksjon", "Timesats for justering av vederlag ved REDUKSJON i ruteproduksjon" og "Tryggleik og kvalitetssikring".
- (6) Ved brev av 27. mars 2007 sendt Tysnes kommune kopi av møtebok fra møte i Tysnes formannskap den 21. mars 2007, med vedlegg, til innklagede. Fra møteboken hitsettes:

"DIREKTE BUSSRUTE TYSNES – BERGEN

Vedlegg: 1. Notat frå ordføraren 13. mars 2007

VEDTAK I FORMANNSKAPET 21.03.07:

Tysnes formannskap stør på det sterkaste opp om innhaldet og konklusjonar i vedlagde notat frå ordføraren."

- (7) Fra det vedlagte notatet fra ordføreren av 13. mars 2007 hitsettes:

"Direkte bussrute Tysnes – Bergen

[...]

Konklusjon: Formannskapet må be om at kommunen får eit møte med Hordaland fylkeskommune før ruteproduksjonen vert fastsett.

Tysnes formannskap ber om at det vert sett opp direktebuss frå Tysnes til Bergen slik:

0810 Buss vert med ferja frå Våge, og bussen køyrer til Bergen, om Haukeland dersom det er passasjerar dit.

*Ca 1130 Buss frå Bergen til Halhjem – korrespondanse med ferja frå Våge
1235 Bussen køyrer tilbake til Bergen.*

Ca. kl. 1410. Bussen går frå Bergen (om Haukeland) til ferja kl. 1505 og vert med ferja til Tysnes."

- (8) Innen tilbudsfristens utløp 30. mars 2007 var det kommet inn tilbud fra fem leverandører, blant disse Bergen-Nordhordland Rutelag AS (heretter kalt klager). Vedståelsesfristen for tilbudene var 2. juli 2007.

- (9) Den 16. mai 2007 kunngjorde innklagede en konkurranse for busstransport. Konkurransen omfattet all "bussruteproduksjon i Hardanger og Voss inkludert deler av Sognebussen".
- (10) Ved brev av 14. juni ble leverandørene meddelt at innklagede hadde avlyst konkurransen om drift av snøggåtruten Reksteren-Våge-Os. Fra innklagedes brev hitsettes:

"Hordaland fylkeskommune mottok 29.03.07 brev fra Tysnes kommune med oppmodning frå formannskapet i kommunen om å vurdere forslag om direkterute mellom Tysnes og Bergen. Denne saka er for tida under handsaming hjå samferdsleavdelinga og utfallet av saka vil truleg få konsekvensar for passasjergrunnlaget på ruta Reksteren-Våge-Os.

Ettersom størstedelen av passasjergrunnlaget er basert på elevar ved Os vidaregåande skole og Os gymnas busett på Tysnes, vert der i desse dagar også vurdert om ruta i framtida skal leggjast ned og eventuelt bli vidareført utelukkande som eit skoleskysstilbod.

Utfallet av overnemnde prosessar vil sannsynlegvis føre til at skyssen kan utførast med fartøy med vesentleg lågare passasjerkapasitet enn det som er gjort krav om i gjeldande kravspesifikasjon, noko som kan innebere ei ikkje uvesentleg innsparing for fylkeskommunen.

På bakgrunn av overnemnde finn vi det ikkje forsvarleg å inngå kontrakt i samsvar med krav og spesifikasjonar i gjeldande konkurransegrunnlag. Anbudskonkurranse HFK-S-110-2007 vert difor avlyst, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (1)."

- (11) Ved e-post av 21. juni 2007 påklagde klager avvisningen.
- (12) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 22. juni 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede hadde ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen, og avlysningen innebærer således et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (1), jf lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (14) Tysnes kommune ber om at det blir satt opp en direktebuss fra Tysnes til Bergen. Verken ordføreren eller formannskapet ber imidlertid innklagede om å legge ned eller innføre begrensninger på ruten Reksteren-Våge-Os. Det blir da misvisende av innklagede å bruke Tysnes kommunes oppmodning som støtte for sin begrunnelse om å avlyse anbudskonkurransen.
- (15) Uavhengig av Tysnes kommunes syn på behovet for ruten, hadde innklagede under enhver omstendighet ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen. Det fremgår av innklagedes brev av 14. juni 2007 at forslaget om direkterute mellom Tysnes og Bergen per i dag er under behandling hos fylkeskommunen. Videre fremgår det at det per i dag også blir vurdert om ruten anbudskonkurransen gjelder skal legges ned eller eventuelt videreføres utelukkende som et skolekysstilbud. Dette innebærer at

innklagede har avlyst konkurransen før det er avgjort om ruten skal legges ned eller om rutetilbudet skal reduseres. Det må være et absolutt minimumskrav i saklighetsvurderingen at snøggåtrutens skjebne i det minste er avgjort av innklagede, før konkurransen kan avlyses. Så lenge saken kun ligger til vurdering, foreligger ikke rettslig grunnlag for å avlyse konkurransen.

- (16) I tillegg til at det er usikkert om det vil bli en direkte bussrute mellom Tysnes og Bergen, er det også knyttet stor usikkerhet til om en slik mulig bussrute vil medføre at innklagede vil kunne spare penger på å sette inn et fartøy med passasjerkapasitet på 25 pax. Dette er ikke engang forsøkt sannsynliggjort av innklagede, og kan derfor ikke legges til grunn. Endelig er det knyttet usikkerhet til om et fartøy med passasjerkapasitet på 25 pax vil kunne benyttes på den aktuelle strekningen, ettersom Bjørnefjorden er en svært stri fjord og bølgehøyden ofte er langt over de restriksjoner som settes for fartøy under 15 meter.
- (17) Uansett må avlysningsgrunnen ha vært forutsigbar for innklagede, slik at innklagede av den grunn ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Hvilke ruter det er behov for og størrelsen på de ulike reisetilbudene, skulle innklagede ha vurdert på forhånd. Behovet for direktebuss var det samme før konkurransen ble utlyst, som på tidspunktet for avlysningen. Dersom det legges til grunn at det er behov for å legge ned snøggåtruten, alternativt minske passasjergrunnlaget, anføres at behovet var tilsvarende da konkurransen ble kunngjort som da konkurransen ble avlyst. Det har ikke inntrådt uforutsette og grunnleggende endringer i tiden mellom utlysning av konkurransen og avlysningen.
- (18) Innklagede kan ikke fraskrive seg vilkåret om at det må foreligge saklig grunn for å avlyse konkurransen. En generell utvidelse av retten til å avlyse en konkurranse vil være i strid med forskriftens preseptoriske regler og derfor ikke gyldig. Klausulen i kravspesifikasjonens punkt 1.3 har således ingen betydning i vurderingen av hvorvidt det foreligger saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (19) Innklagede baserte avgjørelsen sin på et brev de mottok fra Tysnes kommune av 29. mars 2007, men ventet med å informere tilbyderne om avlysningen til 14. juni 2007, altså 2,5 måneder etter at brevet fra Tysnes kommune var mottatt. For å oppfylle lovens og forskriftens krav må det minst kreves at innklagede hadde avlyst konkurransen tidligere, alternativt informert om at de vurderte å avlyse konkurransen. Dette må følge av kravene til forutberegnelighet og saklighet i anskaffelsesprosessen. Det vises også til forskriftens § 13-1 (3), jf § 11-14 (2) bokstav d. For at formålet med bestemmelsen skal oppnås, må det her innfortolkes et krav om at avgjørelsen av hvorvidt konkurransen skal avlyses, må foretas innen rimelig tid etter at oppdragsgiver har tilstrekkelig med opplysninger til å vurdere om avlysning skal finne sted.
- (20) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om de enkelte vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse er til stede. Innklagede har opptrådt svært klanderverdig og bruddene på regelverket må anses å være vesentlige. Videre foreligger det klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville vunnet konkurransen dersom den ikke hadde blitt avlyst. Tilbyderen innklagede viser til er Vinnes Skyssbåt Service AS. Innklagede hevder således at det er uklart om klager eller Vinnes Skyssbåt Service AS ville ha vunnet konkurransen. Uansett trenger ikke

klagenemnda ta stilling til dette, ettersom Vinnes Skyssbåt Service AS har solgt den aktuelle båten. Vinnes Skyssbåt Service AS ga beskjed til innklagede i slutten av april 2007 at båten var solgt og at Vinnes Skyssbåt Service AS trakk seg fra konkurransen. Det er derfor klart at dersom konkurransen ikke hadde blitt avlyst, ville klager med overveiende sannsynlighet ha vunnet konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (21) Innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. En slik direkterute mellom Tysnes og Bergen som Tysnes kommune har anmodet om, vil utvilsomt ha betydning for antall reisende på snøggbåtruten Reksteren-Våge-Os. Konkurransen ble avlyst fordi det var gode grunner for å etterkomme ønsket fra Tysnes kommune om en direkterute. Fra innklagedes side ble det vurdert slik at det sannsynligvis ville bli gjennomført endringer i rutetilbudet som ville resultere i at det ville bli tilstrekkelig å benytte fartøy med passasjerkapasitet på 25 pax. Et slikt fartøy vil etter fylkeskommunens vurdering være vesentlig rimeligere i drift. Når innklagede vurderte det som overveiende sannsynlig at man i fremtiden ville klare seg med fartøy med mindre passasjerkapasitet, ble det vurdert som uforsvarlig å gjennomføre konkurransen og tildele en femårs kontrakt basert på spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Det vises i denne sammenheng til Rt. 2001 s. 473 (Concord II) der det uttales at økonomiske hensyn generelt er saklig grunn for avlysning.
- (22) Forespørselen fra Tysnes kommune har initiert en prosess med sikte på ruteendringer knyttet til busstransport, og denne prosessen vurderer innklagede at vil få følger for reisebehovet for snøggbåtruten. Dette er omstendigheter som har inntruffet etter at konkurransen ble utlyst, og innklagede kan vanskelig se at dette er forhold innklagede forut for utlysningen burde ha full oversikt over.
- (23) Innklagede er innforstått med at klausulen i konkurransegrunnlagets punkt 1.3 regel 2, ikke gir innklagede rett til å avlyse konkurransen på fritt grunnlag. Det er imidlertid kommunisert til tilbyderne at avlysning må påregnes dersom spesifikasjonene må endres. Dette bør være relevant ved tolkningen av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1.
- (24) Klagers anførsel om erstatning avvises, ettersom innklagede ikke har brutt regelverket. Uansett er det ikke klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville ha vunnet konkurransen. Konkurransen ble avlyst før det ble gjennomført en tilbudsevaluering, og det er således et åpent spørsmål hvem som ville blitt tildelt kontrakt dersom avlysingen ikke hadde funnet sted. Det stadfestes at klagers tilbud var lavest i pris i forhold til kravet om årlig vederlag. Det tilbudet som lå nest lavest i pris i forhold til kravet om årlig vederlag, hadde imidlertid vesentlig lavere endringspriser enn klagers tilbud. Vedkommende tilbyder ga dessuten tilbud på et vesentlig nyere fartøy enn klagers. Innklagede stadfester at det ble gitt melding fra Vinnes Skyssbåtsservice om at selskapet vurderte å selge båten. Vinnes Skyssbåtsservice fikk da melding om at selskapet var bundet av tilbudet frem til utløp av vedståelsesfristen. Innklagede avviser at ansatte i samferdselsavdelingen har fått melding om at båten faktisk var solgt og at tilbudet ble trukket.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

- (26) Det var i kunngjøring og konkurransegrunnlag opplyst at anbudet var et ”totalanbud etter bruttoprinsippet”, som innebærer at billettinntektene skal tilfalle oppdragsgiver, mens operatør får godtgjørelse for utført produksjon. Klagenemnda legger på bakgrunn av dette til grunn at anskaffelsen er en tjenestekontrakt, og ikke en tjenestekonsesjonskontrakt, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 4-1 bokstav d og e. Anskaffelsen er således omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, jf lovens § 3 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 1-3 (1). Nevnte forskrift kommer til anvendelse ettersom konkurransen er kunngjort etter forskriftens ikrafttredelse 1. januar 2007.
- (27) ”Transport på vannvei” er en uprioritert tjeneste, jf forskriftens § 4-1 bokstav d, jf vedlegg 6 kategori (19). Anskaffelsen følger dermed forskriftens del I og II, jf § 2-1 (5).

Avlysning av konkurransen

- (28) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse dersom det foreligger en ”saklig grunn”. Oppdragsgiver kan ikke forbeholde seg en mer omfattende rett til å avlyse en konkurranse enn den som følger av forskriften. Når innklagede setter som vilkår å kunne forkaste samtlige tilbud, slik det er gjort i konkurransegrunnlagets punkt 1.3, er dette ensbetydende med at innklagede mener å kunne avlyse konkurransen uten at kravet til saklig grunn blir prøvd. I sak 2006/129 uttalte klagenemnda om det prinsipielle:

”Nemnda viser her til synsmåtene i Rt. 2001 s 473 (Concordia), der Høyesteretts kjæremålsutvalg i en sak om midlertidig forføyning siterte lovforarbeidene (NOU 1997:21 s 114) om krav til forretningsmessighet i spørsmål om avlysning:

”Er avlysningen av konkurransen korrekt ut fra en rent forretningsmessig synsvinkel vil den gjennomgående heller ikke være i strid med regelverket. Dersom avlysningen skyldes forhold som ligger utenfor oppdragsgivers rekkevidde vil den stort sett være forretningsmessig. Motsatt vil en avlysning gjennomgående ikke være forretningsmessig dersom den skyldes forhold som oppdragsgiver kjente til eller burde tatt i betraktning ved planleggingen av anskaffelsesprosessen.”

- og tilføyde (s 491):

”Kjæremålsutvalget deler statens syn på at kravet om forutberegnelighet må anses som en del av saklighetskravet i anskaffelsesloven § 4 annet ledd, og at det først og fremst refererer seg til at regelverket for tilbudskonkurranser må følges, både skrevne regler og de som kan utledes av det alminnelige krav til lojalitet i avtaleforhold. Dette vil ramme tilbudskonkurranser som ikke fullt ut er reelle, men som eksempelvis bare har til hensikt å « teste markedet ». Men det innebærer etter utvalgets syn ikke at en avlysning av tilbudskonkurransen uansett må settes til side dersom begrunnelsen er at tilbyderer først i ettertid finner å ville gjennomføre anskaffelsen i egen regi. Det sentrale må være om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, slik lagmannsretten også har lagt til grunn. Noen lovtolkingsfeil fra lagmannsrettens side i denne relasjon kan utvalget ikke se at foreligger.”

- (29) Nemnda viser også til sakene 2003/75, 2005/279, 2006/115 og 2006/149.

- (30) Spørsmålet blir således om innklagede hadde ”saklig grunn” til å avlyse konkurransen. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at det foreligger saklig grunn til avlysning.
- (31) Hvorvidt det foreligger saklig grunn, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. 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.
- (32) Innklagede har begrunnet avlysningen med at en anmodning fra Tysnes kommune om å vurdere direktebuss fra Tysnes til Bergen, kan få betydning for passasjertrafikk på ruten Reksteren-Våge-Os. Klager anfører at dette forhold burde ha vært forutsigbart. Innklagede burde ha vurdert hele trafikkbildet, inkludert mulighetene for annen type transport, og gjort seg opp en mening om dette før konkurransen ble igangsatt. Til dette er å bemerke at initiativet fra formannskapet i Tysnes kommune i slutten av mars 2007 kom som et nytt innspill, som på en helt annen måte enn tidligere aktualiserte utredning av andre løsninger, med f. eks. bussrute Tysnes – Bergen.
- (33) På avlysningstidspunktet fremstod det som usikkert for innklagede om forutsetningene for konkurransen ville endres i forhold til hvordan de forelå på utlysningstidspunktet. I avlysningsbrevet til leverandørene skrev innklagede at saken var til behandling hos samferdselsavdelingen, og at saken ”truleg” vil få konsekvenser for passasjergrunnet. Videre stod det at utfallet av prosessen ”sannsynlegvis” vil føre til at skyssen kan utføres med fartøy med vesentlig lavere passasjerkapasitet enn den som følger av kravspesifikasjonen i konkurransegrunnet, noe som ”kan innebære” en ikke uvesentlig innsparing for innklagede. Når innklagede på avlysningstidspunktet ikke visste hva som ville komme ut av de nye omstendighetene i saken, finner klagenemnda at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Etter klagenemndas oppfatning kunne innklagede ikke være forpliktet til å inngå en avtale med varighet på fem år, når det var så usikkert om behovet for snøggåtruten ville være tilsvarende som på kunngjøringstidspunktet.
- (34) Det følger av forskriftens § 13-1 (3), jf § 11-14 (2) bokstav d, at oppdragsgiver ”snarest mulig” skal gi leverandørene skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom konkurransen avlyses, jf § 13-1. I nærværende sak ble anmodningen fra Tysnes kommune om en revurdering av rutetilbudet sendt 27. mars 2007. På basis av den begrunnelse som er gitt for avlysningen, må det allerede fra dette tidspunkt ha fremstått som usikkert om innklagede ville opprettholde den kunngjorte tjenesten. I tiden frem til 14. juni skjedde ikke annet enn at innklagede revurderte tjenesten. Først ca 2,5 måneder etter brevet fra Tysnes kommune ble mottatt, ble leverandørene meddelt at konkurransen var avlyst, og da basert på at det fortsatt var usikkert om tjenesten ville bli beholdt. Etersom det var brevet fra Tysnes kommune som dannet grunnlag for avlysningen, finner klagenemnda at innklagede ikke har oppfylt forskriftens krav når meddelelse om avlysning først ble gitt 14. juni.

Erstatning

- (35) Nemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf lovens § 10 og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12.

Konklusjon:

Hordaland fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (3), jf 11-14 (2) bokstav d, ved at tilbyderne ikke ble gitt en skriftlig melding med begrunnelse for avlysningen før ca 2,5 måneder etter at de forhold som begrunnet avlysningen, ble gjort kjent for innklagede.

For klagenemnda,
24. september 2007



Kai Krüger