



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for entreprisarbeider på et røranlegg på Vågen videregående skole i Sandnes. Klagenemnda kom til at det var saklig grunn til avlysning av konkurransen at klagers pristilbud, som var det eneste i konkurransen, var betydelig høyere enn estimert verdi på anskaffelsen.

Klagenemndas avgjørelse 3. mars 2008 i sak 2008/14

Klager: Teknisk Bureau AS

Innklaget: Rogaland Fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

(1) Rogaland Fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. august 2007 en åpen anbudskonkurranse for diverse entreprisarbeider på et røranlegg på Vågen videregående skole i Sandnes. Av kunngjøringens punkt IV.3.7 fremgikk det at tilbudene måtte vedstås inntil 24. januar 2008.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 4.9 fremgikk det følgende finansieringsforbehold:

”4.9 Forbehold om bevilgninger/økonomi

Anskaffelsen finansieres over Rogaland fylkeskommunes budsjett. Bevilgningene er ikke skjermet for eventuelle budsjettkutt. Det tas derfor forbehold om at budsjettmidlene opprettholdes.”

(3) Ved tilbudsfristens utløp hadde innklagede kun mottatt ett tilbud, fra Teknisk Bureau AS (heretter kalt klager). Klagers pristilbud var på kr 35 271 917,-.

(4) I brev av 26. oktober 2007 ble klager innkalt til et forhandlingsmøte med innklagede. Fra brevet hitsettes følgende:

”Deres tilbud er gjennomgått, og vi ser at det er behov for et avklaringsmøte. Agenda for møtet er å se på enhetsprisene som er lagt til grunn for de ulike utstyrs- og ledningsarrangement.”

(5) I brev av 5. november 2007 innga klager et revidert pristilbud. Fra brevet hitsettes følgende:

”Vi viser til møte fredag 02.11.07 vedrørende vårt tilbud på ovenfor nevnte entreprise. I møte presenterte Teknisk Bureau sitt syn på prosedyre brukt etter vårt tilbud ble innlevert. Vi ble informert om at vi var alene tilbyder på denne entreprisen, og at pris var høyere enn hva byggherre hadde som budsjett. Vi ble forespurt om å gjennomgå vårt tilbud på ny for eventuelt å redusere vår pris.

Vi bekrefter med dette at vi antydte et avslag på mellom 2 — 3 mill NOK. Avslaget ble begrunnet i at vi har gjennomgått vår totale ordreservert med tilhørende ressursbehov. Avslaget reflekterer en mindre andel innleid personell på dette aktuelle prosjektet enn opprinnelig planlagt, men som igjen medfører en risiko i våre kalkyler på allerede inngåtte avtaler.

Vedlagt følger revidert tilbud med ny totalsum på NOK 32.950.000.

Andre punkter i vårt opprinnelige tilbud står uforandret.

”Dette reviderte tilbud anses som del av invitasjon til forhandling, og er derfor kun gjeldende hvis det skrives en kontrakt med Teknisk Bureau på denne entreprise.”

- (6) I brev av 6. november 2007 meddelte innklagede at konkurransen var avlyst. Det ble gitt følgende begrunnelse:

”Vi viser til Deres tilbud levert inn 3. oktober 2007 til vår anbudskonkurranse på entreprise V31. Det ble ved innleveringsfrist for denne entreprisen kun levert inn ett tilbud, fra Teknisk Bureau AS.

Ved evaluering av det innkomne tilbudet ble Teknisk Bureaus enhetspriser sammenlignet mot tilsvarende enhetspriser for både 2006 og 2007. Denne sammenligningen viste at enhetsprisene til Teknisk Bureau lå langt over enhetsprisene for samme utstyr.

I Forskrift om offentlige anskaffelser, § 14-4 (b) står følgende: ”Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom det i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet.” Med utgangspunkt i denne hjemmelen ble Teknisk Bureau invitert til et møte fredag 2. november for å gjennomgå sitt tilbud, og eventuelt redusere enhetsprisene i sitt tilbud.

Mandag 5. november oversendte Teknisk Bureau et revidert tilbud med ny totalpris på NOK 32.950.000,-. Selv med et revidert tilbud var den nye totalprisen langt over det estimerte totalbeløpet.

På grunnlag av at Teknisk Bureau tilbyr en vesentlig høyere totalpris enn det som er estimert for denne entreprisen, og at det kun er én tilbyder til denne konkurransen, avlyser Rogaland fylkeskommune anbudskonkurransen på entreprise V31.

Konkurransen blir avlyst med hjemmel i Forskriftens § 22-1 (1) hvor følgende står: ”Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn”.

I KOFA sak 2003/75 og 2006/136 blir det fastslått at mangelfull deltakelse kan anses å være saklig grunn til å avlyse en konkurranse.

I sak C-27/98 (Metalmecanica) premiss 32 og 33 la EF-domstolen til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare er ett tilbud som ikke skal avvises. EF-domstolen begrunnet dette med problemet med sammenligne priser når det ikke finnes alternativer.

Denne anbudskonkurransen på entreprise V31 vil bli delt opp i delentrepriser, og disse delentreprisene vil bli lyst ut på www.doffin.no på nytt i nærmeste fremtid.”

- (7) I brev av 15. november 2007 bestred klager at det var adgang til å avlyse konkurransen. Fra brevet hitsettes følgende:

”Vi viser til deres brev av 06.11.07 vedrørende avlysning av konkurranse — Vågen Videregående Skole — Entreprise V3 1 Røranlegg.

Vi har hele tiden bestridt at det er grunnlag for å avlyse konkurransen. Deres årsak til avlysning begrunnes med at vårt tilbud hadde feil pris. Da det ikke forelå andre tilbud, da heller ikke andre kalkulasjoner på dette arbeid, finner vi det uforståelig at dere kan begrunne avlysningen med pris. Det er ikke dokumentert at vår pris er feil.

Vi ble invitert til forhandlig om pris på vårt tilbud, noe vi også imøtekom. Vi ble derfor svært overrasket da vi fikk varsel om at konkurransen var avlyst og at den skulle sendes ut på ny med delentrepriser. Vi kan ikke se at det er hjemmel til å avlyse konkurransen og vil derfor hevde at kontrakten må tildeles Teknisk Bureau AS.”

- (8) Etter at den første konkurransen var blitt avlyst, kunngjorde innklagede en ny konkurranse om anskaffelsen. Saken ble så brakt inn for klagenemnda i brev mottatt 23. januar 2008.
- (9) I brev av 30. januar 2008 opplyste innklagede at kontraktsinngåelse vil bli avventet til klagenemnda har ferdigbehandlet saken.
- (10) I e-post av 25. februar 2008 innsendte innklagede et brev av 23. februar 2008 fra Sweco Grøner, som var det firma som foresto beregningene av anskaffelsens verdi for innklagede. Av brevet fremgår det at innklagede etter at tilbudet fra klager var mottatt, foretok en ny beregning av anskaffelsens verdi. Denne var basert på enhetspriser fra 3 andre prosjekt. Alle prosjektene var fra området Nord-Jæren i Stavanger, og skal være identiske med aktuelle prosjekt. Der det ikke fantes identiske priser ble klagers egne enhetspriser benyttet. Dette ga en beregnet anskaffelsesverdi på kr 28 008 694,-. Dvs en anslått verdi som var på hhv 26 % og 18 % lavere enn klagers opprinnelige og reduserte pristilbud.
- (11) I e-post av 27. februar 2008 innsendte innklagede et brev fra Sveco Grøner av samme dato som viser at anskaffelsens verdi i forkant av kunngjøringen ble beregnet til ca 25,2 millioner kroner. Dette beløpet var basert på erfaringstall konsulentfirmaet hadde i sin databank.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (12) Dersom innklagede ønsket å avlyse konkurransen under henvisning til at ett tilbud ga for dårlig konkurranse skulle dette skjedd med en gang det ble klart at det kun var kommet inn ett tilbud. Når innklagede istedenfor valgte å innkalle klager til forhandlinger må retten til å avlyse på dette grunnlag anses forspilt.
- (13) Når det gjelder avlysning som følge av at det innkomne tilbud var for dyrt fordrer avlysning på dette grunnlag at anskaffelsens verdi var forsvarlig fastsatt i forkant av kunngjøringen, og at klagers tilbud var dyrere enn dette. Innklagede kan ikke ha foretatt en forsvarlig verdifastsettelse av anskaffelsens verdi. Klagers tilbud var i samsvar med markedspris, hvilket innebærer at en forsvarlig verdifastsettelse skulle tilsi at anskaffelsens verdi skulle blitt beregnet til omtrent samme pris. Ved verdifastsettelsen skulle innklagede tatt utgangspunkt i prisnivået i Stavanger, og ikke et gjennomsnittlig prisnivå for hele landet. Dette fordi det er store nasjonale prisforskjeller, og prisnivået i Stavanger er spesielt høyt. Klager var avhengig av å benytte innleid arbeidskraft. Dette medfører naturligvis merkostnader, som må kalkuleres inn i enhetsprisene. Når det kun var én tilbyder som innga tilbud, vil markedsprisen være lik tilbudsprisen. Markedsprisen reflekterer det til enhver tid gjeldende forhold mellom tilbud og etterspørsel. I dette tilfellet var det kun klager som hadde kapasitet til å inngi tilbud. Hvis innklagede hadde et spesielt stramt budsjett, skulle dette vært signalisert i forkant av tilbudsfristen. Det ble ikke gjort.

Innklagedes anførsler:

- (14) Ved tilbudsfristens utløp var det kun mottatt ett tilbud, fra klager. Etter at tilbudet var blitt vurdert, konkluderte innklagede med at dette ikke var egnet som følge av for høy pris. På bakgrunn av dette ble klager invitert til forhandlinger med hjemmel i forskriftens § 14-4 (1) bokstav b. Da forhandlingene ikke medførte at pristilbudet ble tilstrekkelig redusert, ble konkurransen avlyst. Når det kun foreligger ett tilbud foreligger det saklig grunn til avlysning, jf blant annet EF-domstolens sak C-27/98 (*Metalmecchanica*) og klagenemndas uttalelse i sak 2003/75. Avlysningsretten gjelder helt frem til kontrakt er inngått, og forspilles ikke av at det inviteres til forhandlinger. En invitasjon til forhandlinger medfører ikke at det blir større konkurranse, og oppdragsgiver har heller ikke noen generell kontraheringsplikt. Videre er det kunngjort en ny konkurranse om anskaffelsen, hvilket viser at innklagede ønsker større konkurranse.
- (15) Subsidiært anføres det at kravet om saklig grunn er oppfylt ved at klagers tilbud var økonomisk uakseptabelt, jf klagenemndas sak 2004/1. I denne saken fastslo nemnda at økonomiske begrunnelser generelt sett oppfyller saklighetskravet. I sak 2006/115 ble det lagt til grunn at manglende budsjettdekning kan utgjøre en saklig grunn til avlysning, såfremt budsjetttrammen er basert på et realistisk kostnadsestimat, og ikke på overoptimistiske kalkyler.
- (16) I dette tilfellet har beregningen av anskaffelsens verdi vært forsvarlig. Forut for kunngjøringen fikk innklagede Sveco Grøner, et anerkjent konsulentfirma med lang erfaring, til å foreta en beregning basert på priser fra andre sammenlignbare referanseprosjekter. Konsulentfirmaet brukte enhetspriser fra april og august 2006. For april-prisene ble det gjort et tillegg på 10 % for prisutvikling, mens det for august-prisene ble gjort et tillegg på 6 %. (Til sammenligning har

byggekostnadsindeksen for rørleggerarbeider i samme periode steget med hhv 5,5 % og 7,6 %). Dette ga en anslått anskaffelsesverdi på ca kr 25,2 millioner.

- (17) Etter mottak av klagers tilbud foretok Sveco Grøner en ny beregning. Det ble da benyttet priser fra tre prosjekter med omtrent samme tilbudsfrist som aktuelle konkurranse. Der en ikke hadde sammenlignbare priser, ble klagers priser benyttet. Også dette viste at klagers pristilbud var uakseptabelt høyt. Ved å avlyse konkurransen kunne innklagede kunngjøre denne på ny i håp om å oppnå mer konkurransedyktige priser. For øvrig vises det til at det i konkurransegrunnlagets punkt 4.9 ble tatt forbehold om bevilgninger/økonomi. Dette sikrer kravet til forutberegnelighet.
- (18) Innklagede har ikke plikt til å inngå kontrakt med klager, og vilkårene for erstatning er heller ikke oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det forelå saklig grunn til avlysning

- (20) Etter forskriftens § 22-1 (1) kan oppdragsgiver avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning, dersom det foreligger en saklig grunn. I dette tilfellet avlyste innklagede konkurransen, både fordi klagers reviderte pristilbud var betydelig høyere enn innklagede hadde regnet med, og fordi det ikke kom inn mer enn ett tilbud i konkurransen. Klager hevder at innklagede ikke har grunnlag for å avlyse på bakgrunn av sistnevnte grunn, fordi innklagede innkalte til forhandlinger. Retten til å avlyse må på denne bakgrunn derfor anses forspilt. Klagenemnda mener at retten til å avlyse en konkurranse foreligger frem til kontrakt er inngått, så sant det foreligger en saklig grunn til avlysningen. Spørsmålet er derfor om det i dette tilfelle forelå en saklig grunn for å avlyse konkurransen.
- (21) I klagenemndas sak 2004/1 (premiss 17) uttalte nemnda bl a at: "*(ø)konomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt (er) saklige grunner*" for avlysning, og viste i den sammenheng til Concord II kjennelsen i Rt. 2001 s. 473. Klagenemnda pekte videre på at: "*(d)et (ikke) kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men avgjørelsen må hvile på en fullt ut forsvarlig vurdering*".
- (22) I dette tilfellet har innklagede benyttet et eksternt firma, Sveco Grøner, til å forestå beregningene av anskaffelsens verdi. Klagers pristilbud, på ca 32 mill kr etter forhandlingene, var betydelig høyere enn Sveco Grønens estimat over hva entreprisarbeidene ville koste. Dette gjelder både estimatene som var utarbeidet før kunngjøringen (ca 25.2 mill kr), og etter en ny prisvurdering etter at klagers reviderte pristilbud var kommet inn (ca 28 mill kr). Estimaten som ble gjort etter mottak av det reviderte pristilbudet er etter det opplyste basert på priser som er inngitt på tre ulike prosjekt i området Nord-Jæren i Stavanger.

- (23) Innklagede har begrunnet avlysningen ut fra økonomiske betraktninger om å oppnå mer konkurransedyktige priser enn det som forelå. Klagenemnda mener derfor at det var rene økonomiske betraktninger som lå til grunn for avlysningen i den foreliggende sak. Det var saklig grunn til å avlyse konkurransen, når klagers pristilbud lå betydelig over det en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi tilsa, samtidig som klagers tilbud var det eneste som forelå.
- (24) Innklagede hadde videre, i konkurransegrunnlagets punkt 4.9, tatt forebehold om "bevilgninger/økonomi", og klager hadde således på forhånd fått et varsel om begrensninger i anskaffelsens økonomi. Det kan derfor ikke ha vært uventet for klager at innklagede avlyste konkurransen på bakgrunn av disse forholdene. Klagenemnda mener at innklagede ikke hadde noen forpliktelse til å redegjøre for budsjетtrammene som lå til grunn for konkurransen.

Konklusjon:

Rogaland Fylkeskommune har ikke brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.

For klagenemnda,

3. mars 2008


Per Christiansen