



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*I en begrenset anbudskonkurranse, der det var oppgitt at fem leverandører ville bli valgt ut til å levere tilbud, foretok innklagede utvelgelsen ved å trekke lodd blant de kvalifiserte leverandørene. Dette var et brudd på forskriftens § 8-4 (3).*

### Klagenemndas avgjørelse 5. januar 2005 i sak 2004/292

**Klager:** Norske Arkitekters Landsforbund

**Innklaget:** Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF

**Klagenemndas medlemmer:** Jens Bugge, Svein Dahl, Bjørg Ven

**Saken gjelder:** Begrenset anbudskonkurranse. Utvelgelse til å få levere tilbud. Vilkårighet.

### Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Omsorgsbygg Oslo KF (innklagede) kunngjorde 13. september 2004 en begrenset anbudskonkurranse for etablering av en prosjekteringsgruppe. Oppdraget skulle omfatte utarbeidelse av forprosjekt og konkurransegrunnlag for totalentreprise vedrørende ombygging av to bygninger i Colletts gate 52 i Oslo. Anskaffelsen ville være omfattet av del I og II i forskrift om offentlige anskaffelser.
- (2) I kunngjøringens punkt III.2 "Kvalifikasjonskrav" var det regnet opp en rekke krav til opplysninger og dokumentasjon som de leverandører som ville delta i konkurransen måtte fremlegge for at oppdragsgiver "kunne evaluere minimumskrav knyttet til juridisk, økonomisk-, finansiell og teknisk kapasitet". Kvalifikasjonskravene var nærmere presisert i et eget prekvalifiseringsgrunnlag. Det ble opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt, på grunnlag av kriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget.
- (3) Av kunngjøringen og prekvalifiseringsgrunnlaget fremgikk at fem leverandører ville bli invitert til å delta i konkurransen "forutsatt at det finnes tilstrekkelig antall egnede leverandører".
- (4) I alt 19 prosjekteringsgrupper sendte inn forespørsel om deltagelse. Innklagede fant at 17 leverandører oppfylte kvalifikasjonskravene. Utvelgelsen av de fem søkere

som skulle få inngi tilbud i konkurransen ble foretatt ved loddtrekning blant de 17 kvalifiserte.

- (5) Utvelgelsen ble av innklagede meddelt søkerne ved brev av 3. november 2004. Etter henvendelse fra medlemsbedrifter protesterte Norske Arkitekters Landsforbund og Norges Praktiserende Arkitekter ANS mot fremgangsmåten og krevde utvelgelsen omgjort. Omsorgsbygg Oslo KF fastholdt utvelgelsen. Det ble vist til at man hadde innhentet en juridisk vurdering av loddtrekning som utvelgelsesmetode og at vedkommende advokatfirma hadde konkludert med at *"loddrekning lovlig kan benyttes som metode for utvelgelsen blant overtallige kvalifiserte leverandører i en begrenset anbudskonkurranse"*.
- (6) Norske Arkitekters Landsforbund (klager) har deretter 30. november 2004 brakt saken inn for klagenemnda. Innklagede har 7. desember 2004 opplyst at tildeling ikke er foretatt og at kontrakt forventes inngått primo januar 2005.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (8) I stedet for å basere utvelgelse av det oppgitte antall på 5 leverandører til anbudsfasen på saklige kriterier som tekniske, faglige eller økonomiske kvalifikasjoner, jf. §§ 5-10 og 5-11, har innklagede valgt loddtrekning. En slik utvelgelsesmetode er ikke i tråd med grunnprinsippene for forutberegnelighet og saklighet og med de konkrete bestemmelser i forskriftens § 8-4 (3). Loddtrekning må anses som usaklig og vilkårlig myndighetsutøvelse.
- (9) Videre var det ikke angitt i kunngjøring eller prekvalifiseringsgrunnlag at loddtrekning ville bli benyttet som metode. Hadde det vært gjort, ville kandidatene i alle fall visst hva man gikk til, og disse kunne tilpasset sin innsats med søknadsutformingen, eventuelt avstått fra å delta i en så usaklig konkurranseavvikling.

##### **Innklagedes anførsler:**

- (10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Utvelgelse ved loddtrekning er en lovlig utvelgelsesmetode som ivaretar regelverkets grunnleggende krav.
- (11) Det som skal vurderes i kvalifikasjonsfasen er om leverandøren oppfyller de kriterier som er stilt opp. Kvalifikasjonskravene skal stå i forhold til og ikke settes høyere enn nødvendig for den ytelse som skal leveres, jf forskriftens § 5-5 (2). Alle leverandører som har passert kvalifikasjonsvurderingen, er like kvalifiserte.

- (12) Oppdragsgiver skal så vurdere hvilke av de kvalifiserte leverandørene som skal inviteres til å inngi tilbud. Utvelgelsen er et eget element i prosessen, og må ikke blandes sammen med kvalifikasjonsvurderingen. Forskriften har ingen regler om hvordan en utvelgelse blant kvalifiserte leverandører skal gjennomføres utover bestemmelsen i § 8-4 (3), jf (2).
- (13) Ved utvelgelsen kan ikke oppdragsgiver vektlegge kvalifikasjoner utover det som er rimelig og nødvendig for å kunne oppfylle kontrakten. Hensynet til likebehandling tillater ikke rangering av de kvalifiserte.
- (14) Ved loddtrekning vil derimot regelverkets grunnleggende krav være ivaretatt. Det vises til kommentarutgaven til lov og forskrift om offentlige anskaffelser av Roll-Matthiesen og Amdal s 381 og til "EUs udbudsregler i praksis" av Fabricus og Offersen s 200. Dette er også blitt godtatt av det danske Klagenævnet for udbud, i sak av 9. oktober 1996. Heller ikke i dette tilfellet var metoden kunngjort på forhånd.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (15) Klager har som bransjeorganisasjon saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Partene er enige om at anskaffelsen reguleres av del II i forskrift om offentlige anskaffelser, og klagenemnda legger dette til grunn.
- (16) Spørsmålet er om det i en begrenset anbudskonkurranse er adgang til å bruke loddtrekning ved utvelgelse av hvilke leverandører som skal få inngi tilbud blant dem som allerede er funnet kvalifisert etter forskriftens § 5-5.
- (17) Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-4 (3) lyder:
- "Ved begrenset anbudskonkurranse velger oppdragsgiver hvilke leverandører som skal inviteres til å levere inn tilbud blant de som tilfredsstiller kravene for deltakelse i konkurransen. Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf. § 5-10 (dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling) og tekniske kvalifikasjoner, jf. § 5-11 (dokumentasjon av leverandørens tekniske kvalifikasjoner)."*
- (18) Når innklagede har brukt loddtrekning som metode for å velge ut blant de kvalifiserte søkerne, er ikke utvelgelsen basert på leverandørens tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet.
- (19) Riktignok heter det i forskriftens § 5-5 (2) at kvalifikasjonskravene skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Spørsmålet i denne saken gjelder imidlertid utvelgelse blant de kvalifiserte søkerne, mens § 5-5 (2) gjelder spørsmålet om hvilke leverandører som skal anses kvalifiserte. Bestemmelsen har dermed ikke relevans ved spørsmålet om den etterfølgende utvelgelsen blant de leverandørene som er funnet kvalifisert.

- (20) Tilsvarende regel er tatt inn i forskriftens §§ 9-3 og 16-3 om utvelgelse til konkurranse med forhandlinger. Om denne bestemmelsen uttalte klagenemnda i sak 2004/76 premiss 26:

*”Oppdragsgiver skal velge ut hvem som skal inviteres til forhandlinger blant leverandører som tilfredsstiller kravene for deltakelse i konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (1). Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf § 16-3 (2) som etter sin ordlyd ikke gir adgang til å legge vekt på andre forhold.”*

- (21) Innklagede har vist til avgjørelsen av det danske Klagenævnet for udbud av 9. oktober 1996. Klagenemnda bemerker at avgjørelsen knytter seg til forsyningssektoren. Regelverket for forsyningssektoren, i norsk rett forsyningsforskriften, skiller seg fra regelverket for klassisk sektor på dette punkt. Saken som ble behandlet av Klagenævnet skiller seg også faktisk fra den aktuelle saken, ved at oppdragsgiver ikke hadde brukt loddtrekning, men valgt ut leverandører basert på hva oppdragsgiver mente ville gi best mulig konkurranse.

- (22) I den norske kommentarutgaven til lov og forskrift om offentlige anskaffelser av Amdal og Roll-Matthiesen sies følgende på s 381 vedrørende utvelgelsen etter § 8-4 (3):

*”En ytterligere metode kan være å foreta valget ved ren loddtrekning. En slik metode vil oppfylle kravene til objektivitet og ikke-diskriminering. Forutsetningen er at loddtrekningen skjer på en etterprøvable måte, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd. Det er imidlertid usikkert om en slik metode vil være tillatt etter regelverket. Det kan hevdes at hensynet til forutberegnelighet ikke anses tilstrekkelig ivarettatt ved en slik metoden, se kravet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd. Det kan også hevdes at metoden ikke kan anses å være i samsvar med god forretningskikk, jf. lovens § 5 første ledd.*

Det er uklart etter gjeldende rett hvilke av de ovennevnte og eventuelle andre metoder for valg blant ”overtallige” kvalifiserte leverandører som er tillatt.”

- (23) Klagenemnda finner at forskriftens § 8-4 (3) etter sin ordlyd må føre til at oppdragsgiver ikke kan foreta utvelgelsen blant de leverandørene som oppfyller kravene, ved loddtrekning.
- (24) Klagenemnda holder det imidlertid åpent om man i en situasjon hvor oppdragsgiver etter en nøye vurdering av de kriteriene § 8-4 (3) gir anvisning på, står tilbake med et overtallig antall like godt kvalifiserte leverandører, likevel kan foreta utvelgelsen blant disse ved loddtrekning. I den foreliggende sak er det på det rene at en slik vurdering ikke er foretatt.
- (25) Klagenemnda kommer etter dette til at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-4 (3) ved å bruke loddtrekning til å velge ut blant kvalifiserte leverandører.

**Konklusjon:**

Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-4 (3), ved at de fem leverandørene som skulle få inngi tilbud ble valgt ut ved loddtrekning blant de kvalifiserte søkerne.

For klagenemnda,

5. januar 2005

Jens Bugge