



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av arkivreoler til byarkivet. Det kom inn to tilbud i konkurransen, og det ene tilbudet ble avvist i medhold av § 20-13 første ledd bokstav d. Ettersom innklagede da bare sto igjen med ett tilbud, ble konkurranse avlyst og videreført som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i medhold av forskriften § 14-4 bokstav a. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt § 14-4 bokstav a ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når ikke samtlige tilbud i konkurranse ble ansett som "ukorrekte" eller "uakseptable", jf. forskriften § 14-4 bokstav a. Videre fastslo klagenemnda at inngåelse av kontrakt etter gjennomføring av en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, uten at det forelå adgang til dette etter forskriften § 14-4 bokstav a, var å anse som en ulovlig direkte anskaffelse. Ut fra en totalvurdering av anskaffelsen og omstendighetene rundt denne, ble det ikke ilagt gebyr.

Klagenemndas avgjørelse 10. mai 2010 i sak 2009/233

Klager: NORD-PLAN Norge AS

Innklaget: Bergen kommune ved Bergen Byarkiv

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune v/Bergen Byarkiv (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. mai 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende levering av arkivreoler til Bergen Byarkiv. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 er anskaffelsen beskrevet på følgende måte:

"Anskaffelsen gjelder reoler til Bergen Byarkiv. Det omfatter en komplett leveranse og montering av hyllesystemer som beskrevet under. Vi ber om tilbud på reoler for oppbevaring av papir i forskjellige formater. Med andre ord reoler for oppbevaring av arkivsaker som arkivlokaler flest oppbevarer.

I tillegg må tilleggsytelser for innstøping av skinner, samt avretting av dekker utover de toleranser som er oppgitt i denne beskrivelse, dekkes av reolleverandør. Ekstra belysning, som lyser opp innholdet i reolene, og framføring av tekniske føringer, skal også inkluderes. Oppdragsgiver er ansvarlig for strøm fram til nærmeste fordelingskap.

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

Leveransen skal være komplett og inneholde alle de komponenter og tilleggssytelser som er nødvendig for å kunne benytte reolene når leveransen er avsluttet. Leveransen regnes ikke som ferdig før alle systemer virker i henhold til kontrakt og rydding er gjennomført.”

- (2) Det fremkommer av konkurransegrunnlaget punkt 5 at kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at det ved avgjørelsen skal legges vekt på tildelingskriteriene pris, kvalitet og funksjonalitet. Avtalen hadde en varighet fra 1. november 2009 til 31. oktober 2012, med opsjon på forlengelse i ett år. Av konkurransegrunnlaget punkt 1.5 fremkommer det at total kontraktsverdi inklusiv opsjoner, var forventet til ca 15 millioner kroner.

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3, ”Forbehold”, fremkommer:

“Det er adgang til å ta forbehold dersom de ikke er vesentlige. Tilbud som inneholder vesentlige forbehold vil bli avvist, jf. FOA § 20-13 (1) d.

Forbehold skal klart fremgå av tilbudsbrevet for å være gyldig.

Forbehold skal være presise og entydige slik at oppdragsgiver kan vurdere disse uten kontakt med leverandøren. Dersom forbeholdet ikke lar seg kostnadsberegne vil det kunne føre til at tilbudet anses ufullstendig og blir avvist.”

- (4) Innklagede avholdt tilbyderkonferanse 10. juni 2009.
- (5) Innen tilbudsfristen, som opprinnelig var satt til 8. juli 2009, men senere forlenget til 17. august 2009, mottok innklagede tilbud fra NORD-PLAN (heretter kalt klager) og Constructor Norge AS.
- (6) Ved gjennomgang av leverandørenes kvalifikasjoner, oppdaget innklagede at det manglet noen dokumenter fra klager. Disse dokumentene ble anmodet fremlagt i medhold av forskriften § 21-1. Klager leverte deretter tilfredsstillende dokumentasjon innen fastsatt frist.
- (7) Ved innklagedes brev 1. september 2009 ble klager informert om at tilbudet likevel måtte avvises, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Det ble uttalt at:

”[...] Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 20-13 (1), bokstav d at et tilbud skal avvises dersom det inneholder ”vesentlige forbehold” mot kontraktsvilkårene i konkurransegrunnlaget.

Videre følger det av regelverket at dersom leverandøren har tatt flere forbehold som isolert sett ikke anses som vesentlige, kan forbeholdene samlet sett medføre at tilbudet må avvises.

Deres tilbud inneholder forbehold, jf. dok 1 tilbudsbrief som samlet sett vil gi Nord-Plan en konkurransefordel og medføre at tilbudene ikke kan sammenlignes.

Hensett til ovennevnte, avvises Deres tilbud med hjemmel i (FOA) § 20-13 (1) bokstav d.

Med hjemmel i EF-domstolens sak C-27/98 (Metalmeccanica) avlyser vi ovennevnte anbudskonkurranse og viderefører denne etter prosedyre om konkurranse med forhandling, jf. FOA § 14-4 (a).

Dere inviteres til forhandlingsmøte torsdag 3. september 2009 kl. 1100. ”

- (8) Den videre konkurransen med forhandling som deretter ble gjennomført etter § 14-4 bokstav a, tok utgangspunkt i konkurransegrunnlaget fra den opprinnelige konkurransen, og leverandørenes opprinnelige tilbud.
- (9) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøter med begge tilbyderne 3. og 4. september 2009. Av møtereferatet med klager fremkommer blant annet:

*“a. Konkursprosedyren er endret fra anbudskonkurranse til konkurranse med forhandling fordi det **kun** er en tilbyder som ikke har levert inn tilbud som ikke har avvik som regnes som vesentlig. At prosedyren er endret betyr at vi kan forhandle på alle punkt ved tilbudet – også pris. Når vi står tilbake med kun en tilbyder, sier EF-domstolen i sak C-27/98 at vi kan avlyse konkurransen, og ifølge FOA § 14-4 a, omgjøre prosedyren til konkurranse med forhandling.*

- (10) Innklagede meddelte klager 22. september 2009 om at kontrakten ville bli tildelt Constructor Norge AS (heretter kalt valgte leverandør). Ved tildelingsbrev ble det blant annet uttalt:

“[...]

Bergen kommune inngår rammeavtale med Constructor Norge AS på levering av reolsystem ved Bergen Byarkiv. Avtalen inngås for perioden 1. november 2009 – 31. oktober 2012, med servicekontrakt for maksimalt 4 år, og med opsjon på forlengelse av avtalen i ytterligere 1 år. Vedtaket forutsetter at det oppnås enighet mellom partene, politisk godkjenning av de avsatte beløp gjennom den årlige budsjett- og økonomiplanprosess, samt rett til å avkorte avtalens volum dersom nødvendig finansiering av totalt volum uteblir. Vedtaket forutsetter at det ikke gjøres innsigelser mot tildelingen fra tilbydere i karenstiden.

[...]

Vi mottok 2 tilbud og begge tilbydere var kvalifisert som leverandør til Bergen kommune.

Begge er vurdert i henhold til kravspesifikasjonen. En tilbyder ble avvist på grunn av at tilbudet inneholdt ”vesentlige forbehold” mot kontraktsvilkårene i konkurransegrunnlaget. Bergen kommune satt da igjen med en tilbyder. I henhold til EF-domstolens sak C27/98 avlyste vi konkurransen og videreførte den etter prosedyre om konkurranse med forhandling, jf. FOA § 14-4 (a).

[...]

Dere er rangert som tilbyder nr 2. Dere skårer lavere på kriteriet funksjonalitet enn konkurrerende tilbyder fordi dere leverer et vesentlig mindre antall hyllemeter enn valgte leverandør. (I underkant av 3000 meter). Dere er vurdert likt på kriteriet kvalitet. Totalvurderingen er at valgte leverandør gir det økonomisk sett mest fordelaktige tilbudet."

- (11) Klager ba 25. september 2009 om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør og ba samtidig om å få oversendt dokumentasjon som valgte leverandør hadde inngitt.
- (12) Innklagede svarte ved brev 29. september 2009, hvor det blant annet fremkom at det var *"signifikant forskjell i antall hyllemeter i favør av valgt tilbyder"*, noe som påvirket prisforskjellen per hyllemeter mellom de to tilbyderne.
- (13) Klager påklaget deretter tildelingsbeslutningen direkte til innklagede 2. oktober 2009. I klagen ble det blant annet anført at innklagede ikke hadde anledning til å benytte prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav a, og at det dermed forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Klager ba om at innklagede avlyste konkurransen, og kunngjorde den på nytt i samsvar med regelverket.
- (14) Innklagede fastholdt sin tildelingsbeslutning ved brev 13. oktober 2009. Av brevet fremkommer blant annet:

"[...]

Vi forstår av Deres brev at det er enighet om Bergen kommunes rett til å avlyse konkurransen og at Deres anførsel kun gjelder spørsmålet om vår rett til å fortsette konkurranseprosessen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter bestemmelsene i FOA § 14-4.

Reglene i FOA §§ 14-3 (1) a og 14-4 a og b er gitt for å reparere mislykkede konkurranser. Det er vårt syn at det er relevant å tolke disse bestemmelsene i lys av den rett til avlysning av konkurranser som følger av EF-domstolens avgjørelse C-27/98.

Vi er enig med Dem i at det her er snakk om en unntaksregel som skal tolkes relativt strengt. Likevel mener vi at vår fortolkning er forsvarlig og gir en formålstjenlig løsning som både ivaretar hensynet bak kravet om utlysning av konkurranser og hensynet til en forsvarlig ressursbruk for alle parter i konkurranseprosessen.

Det er selvsagt en betingelse at de forutsetningene som fremgår av FOA § 14-4 a siste del, følges opp, slik Bergen kommune har gjort det i denne konkurransen.

Vi fastholder derfor at det var hjemmel for å fortsette konkurransen som en konkurranse med forhandling etter FOA § 14-4 a.

[...]"

- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev 19. oktober 2009.
- (16) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 2. november 2009.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (17) Klager anfører at selv om innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen, forelå det ikke adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i medhold av forskriften § 14-4 bokstav a. Feilen må medføre at konkurransen avlyses.
- (18) Det følger av forskriften § 14-4 bokstav a at samtlige tilbud i den forutgående konkurransen enten må være ukorrekte eller uakseptable for at det foreligger adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Ettersom innklagede bare avviste klagers tilbud, forelå det fremdeles ett tilbud som var i samsvar med de krav som var oppstilt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde således mulighet til enten å akseptere tilbudet fra valgte leverandør eller å avlyse konkurransen med hjemmel i forskriften § 22-1, for deretter å utlyse en ny anbudskonkurranse etter forskriften § 14-1 (1).
- (19) I sak 27/98 (Metalmeccanica) tok EU-domstolen bare stilling til spørsmålet om retten til å avlyse en konkurranse når det kun forelå ett tilbud. Det er således feil når innklagede hevder at dommen både gir grunnlag for avlysning og endring av prosedyre i foreliggende sak.
- (20) Til innklagedes bemerkning om at både forskriften § 14-4 bokstav a og b hjemler en slik prosess som innklagede har gjennomført, anføres at forskriften § 14-4 bokstav a og b i utgangspunktet dekker forskjellige hendelsesforløp, og at det ikke er likegyldig hvilket unntak som benyttes. Unntakene har likevel store likhetstrekk, og det kan ikke utelukkes at bestemmelsene overlapper hverandre. Ettersom det finnes lite praksis knyttet til § 14-4 bokstav a, er det rimelig og naturlig at man ser hen til praksisen knyttet til unntaket i bokstav b, og prinsippene som er utledet av denne praksisen. Det er imidlertid også ved anvendelse av unntaket i § 14-4 bokstav b en grunnleggende forutsetning at samtlige tilbud ikke anses egnet. Det påpekes videre at det er direktivets artikkel 31 bokstav a som regulerer tilsvarende unntak, og ikke artikkel 31 bokstav b, slik innklagede påstår.
- (21) Når det gjelder innklagedes sammenligning av foreliggende sak med klagenemndas sak 2008/32, anføres at klagenemnda i sak 2008/32 ikke tok stilling til hvorvidt en oppdragsgiver har rett til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i de tilfeller hvor det foreligger et egnet tilbud.
- (22) Det vises i tillegg til at det følger av EU-domstolens praksis, klagenemndas praksis, samt juridisk litteratur at samtlige av unntakene i § 14-4 skal tolkes snevert.
- (23) Innklagedes urettmessige bruk av unntaket i forskriften § 14-4 bokstav a, innebærer at anskaffelsen må anses som en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sakene 2008/63 og 2008/32.
- (24) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (25) Innklagede anfører at det var adgang til å videreføre den mislykkede åpne anbudskonkurransen som en konkurranse med forhandling etter forskriften § 14-4 bokstav a.
- (26) Innklagede anfører at etter at klagers tilbud måtte avvises, stod oppdragsgiver overfor tre valg. Kontrakten kunne enten tildeles valgte leverandør, det kunne lyses ut ny anbudskonkurranse basert på det samme konkurransegrunnlaget, eller innklagede kunne prøve å videreføre konkurransen på en måte som gjorde det mulig å rydde opp i de alvorlige avvikene som klagers tilbud var beheftet med. Ettersom en ny utlyst konkurranse ville medføre forsinkelse som kunne føre til at anskaffelsen ikke ville bli fakturert i år, med påfølgende risiko for bortfall av bevilgninger, fremstod bare det første og siste alternativet som realistiske alternativer. Ut fra kravet om effektiv ressursbruk i loven § 1, valgte oppdragsgiver å føre konkurranseprosessen videre med utgangspunkt i konkurransegrunnlaget og leverandørenes tilbud i anbudskonkurransen. Begge tilbyderne aksepterte denne løsningen ved konkludent adferd.
- (27) Innklagede bemerker at partene er enige om at Metalmeccanica-dommen direkte hjemler både avlysning av konkurransen og endring av prosedyre.
- (28) Når konkurransen er avlyst, er innklagede av den oppfatning at forskriften § 14-4 bokstav a kan fortolkes slik at bestemmelsen kan benyttes også der det foreligger ett gyldig tilbud, det vil si når konkurransen som sådan fremstår som mislykket.
- (29) Innklagede bemerker at alternativet til å benytte § 14-4 bokstav a hadde vært å hjemle prosessen i § 14-4 bokstav b. Det synes som om begge bestemmelsene har bakgrunn i gjeldende direktiv artikkel 31 bokstav b, selv om den norske bestemmelsen er langt mer omfattende, og også synes å hente inspirasjon fra artikkel 30.
- (30) Innklagede anfører at det avgjørende spørsmålet er om det er grunnlag for en utvidende tolkning, slik at en konkurranse med forhandling kan anvendes også der det bare gjenstår én tilbyder. Innklagede er enig med klager i at § 14-4 bokstav a må tolkes restriktivt. Det må imidlertid være adgang til en noe romsligere tolkning når hensikten med å benytte en unntakshjemmel i § 14-4 faktisk er å forsøke å berge en konkurranseprosess, og sikre størst mulig konkurranse om en anskaffelse. Det må dessuten vektlegges at EU-domstolen i Metalmeccanica-dommen legger til grunn at når det bare er én reell tilbyder, foreligger det ikke konkurranse. Konkurransen må da anses mislykket. Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn av klagenemnda i sak 2008/32. Det synes som om det i denne saken faktisk forelå et tilbud som ikke var uakseptabelt i den forutgående åpne anbudskonkurransen. Oppdragsgiveren valgte likevel å kansellere konkurranse og fortsette prosessen som en konkurranse med forhandling etter forskriften § 14-4 bokstav b. Innklagede anfører at klagenemndas uttalelser i denne saken viser at innklagedes handlemåte i foreliggende sak er riktig.
- (31) Subsidiært, for det tilfellet at klagenemnda likevel skulle komme til at det ikke er hjemmel til å videreføre anskaffelsesprosessen som en konkurranse med forhandling etter forskriften § 14 – 4 (1) bokstav a, anføres at det ikke foreligger grunnlag for å ilegge innklagede overtredelsesgebyr etter forskriften § 7b. Det anføres at innklagede

verken har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt. I tillegg vises det til at anskaffelsen i utgangspunktet var forskriftsmessig kunngjort i Doffin og TED, og at hele anskaffelsesprosessen har hatt preg av at oppdragsgiver ønsker likebehandling og åpenhet, samt opprettholdelse av konkurranse så lenge som mulig. Disse verdiene ble også ivaretatt ved den etterfølgende konkurransen med forhandling. Kravet til forretningsmessighet og likebehandling, og de grunnleggende kravene i forskriften § 3-1, har vært ivaretatt i hele anskaffelsesprosessen.

- (32) Innklagede bemerker at man vil forholde seg til klagenemndas konklusjon dersom klagenemnda skulle komme til at det ikke forelå hjemmel for å gjennomføre konkurransen med forhandling. Det foreligger således ikke preventive grunner for å ilegge gebyr.
- (33) Det anføres videre at det ikke er noe grunn for klagenemnda til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, og at det uansett ikke foreligger grunnlag for verken negativ kontraktsinteresse, eller for noen annen form for erstatning etter loven § 10. Det vises til Firesafedommen inntatt i Rt 1997 side 574 og Rt 2008 side 982.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelse. Klagen er rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (35) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd, kan en oppdragsgiver "*ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.*" Med en ulovlig direkte anskaffelse menes "*en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring*", jf. loven § 7b første ledd andre punktum, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-3.
- (36) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, uten at det forelå adgang til dette, jf. forskriften § 14-4 bokstav a, jf. loven § 7b.
- (37) Det første spørsmålet er følgelig om det forelå adgang for innklagede til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, da bare ett av de to opprinnelig innkomne tilbudene i den åpne anbudskonkurransen ble avvist, jf. forskriften § 14-4 bokstav a.
- (38) Det følger av forskriften § 14-4 a at en oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring:

"a. når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold

til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (HMS-egenerklæring), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandør og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud) eller § 22-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår og at alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta.”

- (39) Forskriften § 14-4 bokstav a har ikke noe direkte motstykke i direktivet. Direktivets artikkel 31 første ledd bokstav a er sammenlignbare med forskriften § 14-4 bokstav b, mens direktivet artikkel 31 bokstav b er sammenlignbar med forskriften § 14-4 bokstav c.
- (40) Det avgjørende spørsmålet er om det kreves at *samtlige* tilbud må anses ”ukorrekte” eller ”uakseptable”, for at en oppdragsgiver skal kunne benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav a.
- (41) Ordlyden i forskriften § 14-4 bokstav a omtaler konsekvent ”*tilbudene*” i flertall. Dette tilsier at alle innkomne tilbud må være ”ukorrekte” eller ”uakseptable”, for at oppdragsgiver skal ha adgang til å gå over fra å benytte en åpen anbudskonkurranse til konkurranse med forhandling etter § 14-4 bokstav a. Reelle hensyn, herunder bakgrunnen for bestemmelsen, taler også for at det bare er i de tilfellene hvor oppdragsgiver etter en forutgående anbudskonkurranse ikke står igjen med noen gyldige tilbud, at det er behov for å benytte anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.
- (42) I klagenemndas sak 2008/32 ble det blant annet reist spørsmål om det med hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav b kan gjennomføres mer enn én påfølgende konkurranse med forhandling, etter en avlysning av en åpen anbudskonkurranse. I den forbindelse uttaler klagenemnda blant annet at:

“[...]fremgår det av ordlyden i § 14-4 (1) bokstav b at det kun er etter en avlysning av en mislykket anbudskonkurranse at det kan gjennomføres en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.[...]”

- (43) Det ble i avgjørelsen imidlertid ikke uttrykkelig tatt stilling til spørsmålet om det er et vilkår at samtlige tilbud anses ukorrekte eller uakseptable for at forskriften § 14-4 bokstav b gir hjemmel for å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.
- (44) Både Dragsten/Lindalens offentlige anskaffelser, kommentarutgave side 711, jf. side 690, og Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006, side 92, legger til grunn at samtlige tilbud som kom inn i den opprinnelige avholdte anbudskonkurranse, må være ukorrekte eller uakseptable, for at oppdragsgiver skal ha anledning til å videreføre anbudsprosessen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Tilsvarende er lagt til grunn i tilknytning til direktivets artikkel 31 stk. 1 bokstav a av Michael Steinicke og Lise Groesmeyer i ”*EU's udbudsdirektiver*” side 843 følgende.

- (45) Ettersom konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring representerer et relativt stort avvik fra regelverkets grunnleggende krav, medfører kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet en snever ordlydsfortolkning. Tilsvarende tilsier EU-domstolens uttalelser om at unntaksbestemmelser i direktivet må tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for å anvende unntaket foreligger, en snever fortokning. Selv om forskriften § 14-4 bokstav a ikke har et direkte motstykke i direktivet, bygger det norske regelverket på EU-regelverket og de hensyn som ligger til grunn for dette. Synspunktet om en restriktiv tolkning av unntaksbestemmelser må således også legges til grunn ved vurderingen av den norske forskriften § 14-4 bokstav a.
- (46) Ut fra ovenstående redegjørelse legger klagenemnda til grunn at det er et krav om at *samtlige* tilbud anses "*ukorrekte*" eller "*uakseptable*", for at konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring med hjemmel i § 14-4 bokstav a skal kunne benyttes.
- (47) Innklagede meddelte klager ved brev 1. september 2009 at ettersom klagers tilbud innehold flere forbehold som samlet ble ansett som vesentlige, og som gav klager en konkurransefordel, og som dessuten innebar at de to innkomne tilbud ikke kunne sammenlignes, ble klagers tilbud avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Det ble videre opplyst at da innklagede etter avvisningen bare satt igjen med ett tilbud, ble konkurransen avlyst, jf. EU-domstolens sak C-27/98 (Metalmecanica). Det ble dessuten uttalt at innklagede videreførte konkurranse som konkurranse med forhandling, jf. forskriften § 14-4 bokstav a.
- (48) Innklagede avviste bare tilbudet fra den ene av de to opprinnelige tilbyderne i konkurransen. I disse tilfellene, hvor det bare foreligger ett tilbud, har oppdragsgivere "*saklig grunn*" til å avlyse konkurransen, ettersom det ikke er mulig å velge ut det økonomiske mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 22-2 (1). For å kunne videreføre en avlyst konkurranse som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav a, er det imidlertid krav om at samtlige tilbud i den forutgående konkurranse er ukorrekte eller uakseptable. Dette var ikke tilfelle i foreliggende sak.
- (49) Ut fra ovenstående er klagenemnda kommet til at innklagede, ved å videreføre konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, har brutt kravene i forskriften § 14-4 bokstav a.
- (50) Det kan videre reises spørsmål om innklagedes uhjemlede anvendelse av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav a, er en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.
- (51) Med ulovlig direkte anskaffelse menes en "*anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven*", jf. loven § 7b første ledd andre punktum.

- (52) Innklagede kunngjorde 29. mai 2009 en åpen anbudskonkurranse, hvor det kom inn to tilbud. Det ene tilbudet ble avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav d, og innklagede avlyste deretter konkurransen, og viste i den forbindelse til EU-domstolens sak C-27/98 (Metalmeccanica). Innklagede valgte deretter å videreføre den allerede avlyste konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, i medhold av forskriften § 14-4 bokstav a. Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at denne bestemmelsen ikke kan benyttes i tilfelle som det foreliggende, hvor det faktisk foreligger et gyldig tilbud. Videreføringen av konkurransen var således uhjemlet. Med bakgrunn i denne uhjemlede videreføringen av konkurransen, ble kontrakt inngått med den ene av de to leverandørene som opprinnelig hadde inngitt tilbud. Denne konkurransen var imidlertid ikke kunngjort i henhold til reglene i forskriften, og anskaffelsen må på denne bakgrunn anses som en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b. Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i klagenemndas sak 2008/32.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (53) Skyldkravet ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b beskrevet som at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *”forsettlig eller grovt uaktsomt”*. I lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette kommentert på følgende måte:

“Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og –innsikt.”

- (54) Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at det var feil når innklagede fant at forskriften § 14-4 bokstav a kunne anvendes selv om det forelå et gyldig tilbud i den forutgående åpne anbudskonkurranse. Kunnskap om regelverket om offentlige anskaffelser er helt nødvendig og avgjørende for å oppfylle formålet om å *”bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk [...] basert på forretningsmessighet og likebehandling.”*, jf. loven § 1. Det fremkommer av ovenstående sitat fra forarbeidene at terskelen for å anse rettsuvidenhet som grovt uaktsomt ikke er særlig høy. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser uttalt at unntaksbestemmelser i direktivet skal tolkes strengt, og tilsvarende har vært lagt til grunn for unntaksbestemmelsene i det norske regelverket. Det er lite tvilsomt at forskriften § 14-4 bokstav a krever at samtlige tilbud må anses *”ukorrekte”* eller *”uakseptable”* for at konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring skal kunne anvendes. Når innklagede har lagt motsatt resultat til grunn, er klagenemnda av den oppfatning at dette må anses som grovt uaktsomt. Skyldkravet i loven § 7b er således oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (55) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver *”kan”* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, *”forsettlig eller grovt uaktsomt”* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges

gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.”*

- (56) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *”for å sikre større etterlevelse av regelverket”*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).

- (57) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

“Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurransen gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser.”

- (58) Klagenemnda har i flere saker om ulovlige direkte anskaffelser kommet til at det ikke skal ilegges gebyr, I sak 2007/108 var det kunngjort en konkurranse med forhandling for prekvalifiserte leverandører, med kontrakt ble først inngått etter utløpet av vedståelsesfristen. Kontraktsinngåelsen ble på denne bakgrunn ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Fra begrunnelsen om ikke å ilegge overtredelsesgebyr hitsettes:

“Bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. Manglende kunngjøring av anskaffelser fører til at det ikke blir konkurranse om oppdragene, og dermed mindre kostnadseffektive innkjøp. I dette tilfellet var kvalifikasjonsordningen kunngjort i overensstemmelse med reglene for dette i forsyningsforskriften. Alle aktuelle leverandører oppført i TransQ systemet har derfor allerede hatt anledning til å inngi sine tilbud. Hensynet til konkurranse er dermed ivaretatt. Virkningen av at vedståelsesfristen utløp begrenser seg til at innklagede skulle gjort en ny vurdering etter allerede fastsatte tildelingskriterier overfor dem som allerede hadde deltatt i konkurranse, mest trolig uten andre eller nye momenter for tildelingen. At innklagede ikke gjennomfører ny konkurranse vil dermed ha liten – om noen betydning overhodet – i forhold til de hensyn som ligger til grunn for kravet om kunngjøring og konkurranse.”

- (59) Ettersom anskaffelsen av arkivreolene i foreliggende sak opprinnelig ble kunngjort i samsvar med regelverket som en åpen anbudskonkurranse, og senere at begge tilbyderne ble gitt anledning til å delta i konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring, er hensynet til konkurranse ivaretatt. Det har vært reell konkurranse om oppdraget, og prosessen har foregått i full åpenhet. Det foreligger ikke noe som tilsier at det foreligger forsøk fra innklagede om å omgå regelverket.

(60) Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at det ikke bør ilegges gebyr.

Erstatning

(61) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforskriften § 12 andre ledd i.f.

Konklusjon:

Bergen kommune ved Bergen Byarkiv har brutt § 14-4 bokstav a ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring selv om ikke samtlige tilbud i konkurranse ble ansett som "ukorrekte" eller "uakseptable", jf. forskriften § 14-4 bokstav a.

Bergen kommune ved Bergen Byarkiv har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter gjennomføring av en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, uten at det forelå adgang til dette etter forskriften § 14-4 bokstav a.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

10. mai 2010



Andreas Wahl