



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av konsulentoppdrag som konkurransefunksjonær til prosjektet "Nasjonalmuseet for kunst, arkitektur og design". Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 ved ikke å føre referat fra et møte innklagede hadde avholdt med klager i løpet av anskaffelsesprosessen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 12. oktober 2009 i sak 2009/74

Klager: Holte Consulting AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse. Plikt til å føre møtereferat. Reelle forhandlinger.

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. desember 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av konsulentoppdrag som konkurransefunksjonær til prosjektet "Nasjonalmuseet for kunst, arkitektur og design".
- (2) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, herunder tilbud fra Holte Consulting AS (heretter kalt klager).
- (3) I brev av 10. mars 2009 ble de innkomne tilbud avvist med hjemmel i forskriftens § 11-11(1) bokstav f. Konkurransen ble deretter avlyst etter forskriftens § 13-1(1).
- (4) Innklagede inviterte deretter begge de avviste tilbyderne til konkurranse med forhandling etter forskriftens § 2-1 bokstav e.
- (5) Innklagede mottok ett tilbud innen tilbudsfristen den 16. mars 2009. Dette var fra klager.
- (6) Innklagede inviterte klager til møte som ble avholdt 23. mars 2009.
- (7) I brev av 24. mars 2009 avviste innklagede klagers tilbud. Det ble vist til forskriftens § 13-1(1), og opplyst at begrunnelsen for avvisingen var mangel på konkurranse. Videre ble det også opplyst at ny konkurranse om tilsvarende oppdrag ville bli kunngjort på Doffin innen kort tid.
- (8) Anskaffelsen ble kunngjort på nytt som en åpen anbudskonkurranse i Doffin 25. mars 2009 med tilbudsfrist 1. april 2009. Klager innga tilbud innen fristen.

- (9) I brev av 25. mars 2009 ble innklagedes avlysning av konkurransen påklaget av klager. Fra klagers brev hitsettes følgende:

"Holte Consulting AS er svært overrasket over meddelelsen fra Statsbygg, all den tid Statsbygg i dette tilfellet har valgt å gjennomføre reelle forhandlinger med vårt firma. På bakgrunn av forelagte opplysninger kan vi ikke se at Statsbygg i dette tilfellet har lovlig adgang til å avlyse konkurransen. Ut fra vår vurdering er Statsbygg forpliktet til å tildele oppdraget til vårt firma."

- (10) Fra innklagedes svar på klagen av 26. mars 2009 hitsettes følgende:

"Innledningsvis vil vi minne om at Statsbygg startet møtet den 23.03.09 med å opplyse at vi kun hadde fått inn ett tilbud i konkurransen, og at dette kunne bety at vi ville komme til å avlyse konkurransen på bakgrunn av manglende konkurranse. Vi informerte deretter om at før vi tok en slik beslutning, ønsket vi å få nærmere beskrevet hva Holte Consulting hadde å tilby, nærmere bestemt ønsket vi flere opplysninger om hvordan Holte Consulting ville løse/gjennomføre oppgaven og hvilken utdannelse og erfaring relevant for oppdraget som de tilbudte personer hadde."

Statsbygg avsluttet dessuten møtet med å opplyse at vi nå ville vurdere de opplysninger vi hadde fått og deretter ta stilling til om vi ville avlyse konkurransen eller tildele kontrakt til Holte Consulting. Det ble sagt at en slik beslutning ville skje raskt, og særskilt understreket at dersom vi avlyste konkurransen, var Holte Consulting velkommen til å inngi et nytt tilbud i den nye konkurransen, som ville bli utlyst i løpet av kort tid."

På bakgrunn av ovennevnte opplysninger gitt i møtet, kan vi ikke forstå at en avlysning av konkurransen kom overraskende på Holte Consulting. Videre er det slik at brevet om avlysning av konkurransen ble sendt 24.03.09, og mottatt av Holte Consulting 25.03.09. Den 24.03.09 ble det dessuten, som lovet, opplyst [...] på en telefonhenvendelse fra en i Holte Consulting, at beslutningen om å avlyse konkurransen var tatt, og at brev ville bli sendt i løpet av dagen."

Partene synes å være enige om at det er saklig grunn for å avlyse konkurransen dersom det kun har kommet inn ett tilbud i konkurransen. Statsbygg bestrider at en rett til å avlyse konkurransen på dette grunnlag faller bort dersom avlysningen foretas på bakgrunn av en realitetsvurdering av klagers tilbud. Bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 13-1 (1) gir oppdragsgiver et valg mht om han vil avlyse konkurransen eller ikke dersom det foreligger saklig grunn. For å få et bedre grunnlag for vårt valg, trengte vi utfyllende opplysninger om det innkomne tilbud. Dette fikk vi i møtet 23.03.09."

Statsbygg er ikke enig i at møtet den 23.03.09 viste at de tilbudte personer hadde den oppgaveforståelse og kompetanse som er ønskelig for å utføre oppdraget. Med referanse til tildelingskriteriene i konkurransen, vil vi påpeke følgende som kom frem i møtet:

- Oppgaveforståelse/prosjektgjennomføring

Holte Consulting hadde ikke forstått oppdragets omfang. På direkte spørsmål om hvor mange tilbud Holte Consulting trodde det kunne komme i konkurransen, ble det svart

20-40, mens Statsbygg mener vi kan forvente flere hundre. Dette bla. under henvisning til at dette er en åpen plan- og designkonkurranse og at en tilsvarende plan- og designkonkurranse i Sverige innbrakte over 1.000 tilbud.

Det ble ikke gitt et godt svar på hvordan Holte Consulting ville kunne håndtere en slik mengde tilbud.

- Kompetanse og erfaring hos tilbudt personell

Begge de tilbudte personer redegjorde for begrenset kjennskap til det anskaffelsesregelverket som gjelder for offentlige oppdragsgivere, og som er sentralt for å kunne utføre det aktuelle oppdraget.

Ingen av de to tilbudte kandidater hadde erfaring fra plan- og designkonkurranser utlyst av en offentlig oppdragsgiver.

Ingen av de to tilbudte personer hadde erfaring fra større plan- og designkonkurranser eller fra åpne plan- og designkonkurranser.

Hovedpersonen som var tilbudt hadde ingen erfaring fra plan- og designkonkurranser overhodet.

Manglende kompetanse og erfaring på de to sentrale områdene for en konkurransefunksjonær; anskaffelsesregelverk og konkurransegjennomføring, kombinert med at oppdragets omfang ikke var forstått av tilbyder, gjør at Statsbygg ikke er trygg på at Holte Consulting, med de to personer som ble tilbudt, kan utføre dette store og viktige oppdraget på en tilfredsstillende måte. På denne bakgrunn valgte Statsbygg å avlyse konkurransen. Statsbygg opprettholder sin beslutning om avlysning av konkurransen. Ny konkurranse ble kunngjort 25.03.09 med tilbudsfrist 01.04.09 kl 12.00.”

(11) I brev til innklagede av 31. mars 2009 meddelte klager følgende innvendinger:

”Det bestrides ikke at det ble opplyst at det kun var inngitt et tilbud, og at dette kunne gi Statsbygg grunnlag for å avlyse konkurransen. Vi opplevde det imidlertid slik at siden vi ble invitert til forhandlinger, så var avlysningsspørsmålet et tilbaketrukket stadium i prosessen. Vi er uenige i at det ble opplyst at formålet med møte var å avklare om det skulle besluttet avlysning eller ikke. Denne fremstillingen er etter vår vurdering ikke i samsvar med det som ble formidlet i møte. Vi anser dernest at Statsbyggs egen beskrivelse av at de ønsket å få presentert hva Holte Consulting AS hadde å tilby som en erkjennelse av at Statsbygg var i en fase hvor man foretok en realitetsvurdering av tilbudet. Siden vi ble invitert til forhandlingsmøte legger vi til grunn at vi er å anse som kvalifiserte for oppdraget, vi er mao egnet til å utføre de forespurte oppgaver. Det var derfor naturlig for oss å tro at avlysningsspørsmålet var et tilbaketrukket stadium. Vi kan ikke se annet enn at Statsbygg har bevisbyrden for at forutsetningene for møte var å avklare om de skulle avlyse eller ikke. Vi mener uansett at siden vi ble invitert til forhandlingsmøte, så er avlysningsadgangen som følge av manglende konkurranse ikke lenger et lovlig grunnlag for å avlyse konkurransen.

[...]

På bakgrunn av Deres brev kan det videre synes som om avlysningen ikke er tuftet på manglende konkurranse, men på grunn av forhold ved selve tilbudet. På side to i Deres brev fremsettes det en rekke påstander mht realiteten ved vårt tilbud. Vi vil påpeke at ingen av de opplysningene som fremgår på side 2 i brevet har vært tilkjennegitt for vårt firma tidligere. Så fremt det som fremgår på side 2 i brevet er Statsbyggs vurdering av tilbudet, må vi som et minimum kunne forvente at Statsbygg hadde tilkjennegitt dette i forhandlingsmøte den 23. mars 2009. Ingen av disse forholdene ble tatt opp i møte.

[...]

En forsvarlig gjennomføring vil etter vårt syn innebære at Statsbygg hadde utarbeidet skriftlige spørsmål mht de forhold som de ønsket forbedret ved tilbudet. Siden dette ikke ble gjort hadde vi ingen indikasjoner på at vi ikke var aktuelle som leverandører. Statsbyggs handlemåte har i dette tilfellet medført at dere har frarøvet oss muligheten til å få tildelt oppdraget. Vi kan ikke se at dere i denne konkurransen har oppfylt kravene til reelle forhandlinger.”

- (12) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 3. april 2009.
- (13) Når det gjelder den kunngjorte anbudskonkurransen av 25. mars 2009, er det opplyst i innklagedes tilbudsinnstilling av 3. april 2009 at Norske arkitekters landsforbund er innstilt som tilbyder nr. 1, og klager som tilbyder nr. 2.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avlysning av konkurransen som følge av manglende konkurranse

- (14) Klager anfører at innklagede ikke har rettslig grunnlag for å avlyse konkurransen som følge av manglende konkurranse.

Avlysning av konkurransen etter avholdte forhandlinger og realitetsvurdering av tilbud

- (15) Det bestrides også at innklagede hadde anledning til å avlyse konkurransen, etter at det var avholdt forhandlinger mellom partene. Denne beslutning må oppdragsgiver fatte før det inviteres til forhandlinger og før det foretas noen realitetsvurdering av tilbudet. Etter dette, må en eventuell avlysningsrett anses forspilt. Klager bestrider også at innklagede i møtet skal ha opplyst at det var mulig at konkurransen ville bli avlyst.

Plikten til å avholde reelle forhandlinger – Brudd på kravet til forutberegnlighet

- (16) Innklagede har brutt kravet til forutberegnlighet ved å ikke gi tilbakemelding på hvilke forhold klager kunne forbedre ved tilbudet, og klager ble heller ikke gitt anledning til å inngi et revidert tilbud. Klager kunne dermed ikke forstå dette på annen måte enn at innklagede ikke hadde noen innvendinger mot klagers tilbud.

Unnlatelse av å føre møtetreferat - Brudd på kravene til forutberegnlighet, etterprøvnbarhet og likebehandling

- (17) Klager anfører at kravene til forutberegnlighet, etterprøvnbarhet og likebehandling er brutt ved at innklagede ikke har utarbeidet verken agenda eller referat fra møtet 23. mars 2009.

Erstatning

- (18) Etter klagers oppfatning foreligger det en ulovlig erstatningsbetingende avlysning av konkurransen. De feil innklagede har begått har medført at klager ikke fikk tildelt kontrakten, hvilket klager i dette tilfellet skulle ha fått. Klager var den eneste tilbyderer i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

Avlysning av konkurransen som følge av manglende konkurranse

- (19) Innklagede anfører at man har lovlig grunnlag for å avlyse konkurransen når man har fått inn kun ett tilbud i en konkurranse, jf. forskriftens § 13-1.

Avlysning av konkurransen etter avholdte forhandlinger og realitetsvurdering av tilbud

- (20) Innklagede anfører videre at retten til å avlyse konkurransen etter § 13-1 ikke faller bort selv om avlysningen eventuelt foretas etter en realitetsvurdering av innkommet tilbud. Bestemmelsen gir oppdragsgiver et valg mht om han vil avlyse konkurransen eller ikke dersom det foreligger saklig grunn. For å få et bedre grunnlag for valget mener innklagede det må være anledning til å innhente opplysninger som er nødvendig for å kunne bedømme om det innkomne tilbud er godt nok for formålet og/eller om det er sannsynlig at man vil få inn bedre tilbud ved å gå ut på ny konkurranse. Anledningen til å innhente opplysninger med dette formål må også omfatte utfyllende opplysninger om det innkomne tilbud.

Plikten til å avholde reelle forhandlinger – Brudd på kravet til forutberegnlighet

- (21) Innklagede anfører at det ikke har vært forhandlet. Møtet 23. mars 2009 var kun avholdt med sikte på å innhente utfyllende opplysninger om det innkomne tilbud. Det var ingen reelle forhandlinger. Innklagede reagerer sterkt på at det bestrides at innklagede i møtet, ved to anledninger, uttalte at innklagede vurderte å avlyse konkurransen på bakgrunn av at det var kommet inn kun ett tilbud i konkurransen.

Unnlatelse av å føre møtereferat - Brudd på kravene til forutberegnlighet, etterprøvnbarhet og likebehandling

- (22) Når det legges til grunn at innklagede faktisk uttalte i møtet at man vurderte å avlyse konkurransen, synes det rimelig klart at det aktuelle møtet ikke var et reelt forhandlingsmøte, at møtet ikke kunne tas som en bekreftelse på at klager ville få oppdraget, og det ikke kunne komme overraskende på klager at konkurransen faktisk ble avlyst. Innklagede avviser på dette grunnlag, og under henvisning til at brev av 26. mars 2009 fungerer som et referat fra møtet 23. mars 2009, å ha brutt anskaffelsesregelverkets krav til forutberegnlighet og etterprøvnbarhet, og endog kravet til likebehandling.

Erstatning

- (23) For det tilfelle at klagenemnda skulle komme til at innklagede ikke hadde rettslig grunnlag for å avlyse konkurransen som følge av manglende konkurranse med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 13-1(1), avviser innklagede, også under en slik forutsetning, å ha vært forpliktet til å inngå kontrakt med klager. Det vises til at innklagede kunne ha hatt hjemmel til å forkaste tilbudet etter anskaffelsesforskriften § 13-1(2) etter gjennomførte forhandlinger med klager. Resultatet av gjennomførte forhandlinger er uvisst, og klager har derfor ingen garanti for at innklagede ville funnet det endelig

tilbudet fra klager godt nok. Et grunnlag for utbetaling av erstatning til klager finnes således ikke.

Klagenemndas vurdering:

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

Hvorvidt det forelå grunnlag for avlysning av konkurransen

- (25) Klager anfører at innklagede, ved å avholde forhandlingsmøte 23. mars 2009 og realitetsvurdere klagers tilbud, har forspilt avlysningsadgangen. Det er videre anført at innklagede ikke hadde rettslig grunnlag for å avlyse konkurransen som følge av manglende konkurranse.
- (26) I sak 2008/14 premiss 20 la klagenemnda til grunn at innklagede kan avlyse konkurransen selv om det er forhandlet med klager på forhånd.
- (27) Fra Borgarting lagmannsretts dom av 30. mars 2009 LB-2008-135286 hitsettes følgende:

"All den stund det er forutsatt at avlysning skal finne sted uavhengig av den innbyrdes rangering av anbyderne, måtte det etter lagmannsrettens syn også ha kommet atskillig klarere frem i forskriften dersom avlysningsadgangen skulle vært avskåret allerede ved utløpet av klagefristen. Ved vurderingen må det ytterligere legges vekt på at hensynet til anbyderne i ethvert fall er tilstrekkelig ivarettatt ved vilkåret om at avlysning skal ha saklig grunn, og på at det også vil være den retts teknisk beste regel å benytte kontraktsinngåelsen som skjæringstidspunkt."

- (28) Etter klagenemndas oppfatning må avlysning etter dette kunne skje helt frem til kontraktsinngåelse. I foreliggende sak er det på det rene at konkurransen ble avlyst før tildeling var påbegynt. Klagenemnda legger dermed til grunn at retten til å avlyse konkurransen tidsmessig fremdeles var tilstede.
- (29) Spørsmålet blir dernest om det forelå saklig grunn for avlysning av konkurransen.
- (30) Av forskriftens § 13-1 (1) følger det at en oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn.
- (31) I sak C-27/98 la EF-domstolen til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud. Domstolen begrunner dette med at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne priser eller øvrige elementer av betydning. Også klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud, se for eksempel klagenemndas saker 2003/75 og 2008/24. I sak 2003/75 uttalte klagenemnda at *"hensynet til effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg"*.
- (32) I brev av 24. mars 2009 begrunner innklagede beslutningen om å avlyse konkurransen med hjemmel i § 13-1 (1) om mangel på konkurransen. Det er på det rene at innklagede

mottok kun ett tilbud i konkurransen. Klager kan således ikke høres med at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.

Hvorvidt innklagedes unnlatelse av å føre møtereferat utgjør et brudd på kravene til forutberegnlighet, etterprøvnbarhet og likebehandling

- (33) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forutberegnlighet, etterprøvnbarhet og likebehandling ved at det ikke er utarbeidet agenda eller ført referat fra møtet 23. mars 2009. Innklagede anfører at kravet til skriftlighet er ivaretatt ved innklagedes svar på klage i brev av 26. mars 2009.
- (34) Av kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 følger det at oppdragsgiver må kunne dokumentere hvordan anskaffelsesprosessen har foregått.
- (35) I klagenemndas sak 2007/134 fastslo klagenemnda at: "*Kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 innebærer at oppdragsgiver skal føre skriftlig og utfyllende referat fra forhandlingsmøtene.*" Etter klagenemndas oppfatning må dette også gjelde for andre viktige møter innklagede avholder med leverandørene i løpet av anskaffelsesprosessen.
- (36) I foreliggende sak har innklagede forklart at møtet som ble avholdt med klager den 23. mars 2009, ble avholdt for å avgjøre hvorvidt innklagede skulle avlyse konkurransen eller fortsette forhandlingene og eventuelt inngå kontrakt med klager. I ettertid er det oppstått uenighet mellom partene om hva som er blitt sagt på møtet, samt hvorvidt det ble avholdt reelle forhandlinger mellom partene på møtet. Når det aktuelle møtet ble avholdt for å avgjøre om konkurransen skulle avlyses, må dette for det første anses som et viktig møte. Videre viser aktuelle sak, at innklagedes unnlatelse av å føre møtereferat faktisk har medført at det i ettertid er vanskeligere å avgjøre hva som er blitt sagt på møtet, samt hvorvidt det faktisk er avholdt (reelle) forhandlinger. Når det gjelder innklagedes skriftlige redegjørelse for hva som skjedde på møtet i brevet av 26. mars 2009, kan klagenemnda ikke se at dette kan erstatte et møtereferat. Dette fordi dette brevet er forfattet etter at aktuelle konkurranse er avlyst, og videre også etter at avlysningen er påklaget. Brevet er således et svar på klage over avlysningsbeslutningen, og kan derfor ikke tillegges den samme betydning som et møtereferat utarbeidet før konkurransen ble avlyst og før avlysningen ble påklaget. Klagenemnda er derfor etter dette kommet til at innklagedes unnlatelse av å føre møtereferat fra møtet 23. mars 2009 utgjør et brudd på kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5.

Hvorvidt innklagede har brutt kravet til forutberegnlighet ved ikke å avholde reelle forhandlinger

- (37) Klager har under dette punkt anført at det ikke ble gjennomført reelle forhandlinger da klager ikke fikk tilbakemelding på tilbudet eller mulighet til å levere revidert tilbud. Etter klagers oppfatning utgjør dette et brudd på kravet til forutberegnlighet i lovens § 5.
- (38) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til ovenfor, er nemnda kommet til at klager ikke kan anses for å ha rettslig interesse i å få avgjort denne anførselen, jf. klagenemndsforskriften § 6. Slik nemnda ser det, hadde innklagede i foreliggende sak ingen plikt til å avholde (reelle) forhandlinger med klager, hvilket innklagede heller ikke pretenderer å ha gjort, og nemnda finner da heller ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt det møtet innklagede avholdt med klager må anses som et reelt forhandlingsmøte.

Erstatning

- (39) Ettersom klagenemnda har kommet til at innklagede ikke brøt regelverket ved å avlyse konkurransen, kan nemnda ikke se at vilkårene for erstatning for klager på dette grunnlag, er oppfylt.

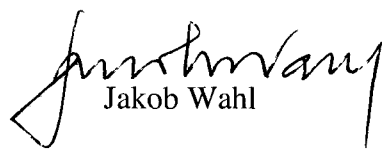
Konklusjon:

Statsbygg har brutt kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 ved ikke å føre referat fra møtet med klager den 23. mars 2009.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem eller har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

12. oktober 2009


Jakob Wahl