



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling i ett trinn for inngåelse av rammeavtale for kurs beregnet på langtidsledige, mottakere av sosialhjelp og personer med særlig behov for bistand i en arbeidssøkerprosess. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder kravet til forutberegnelighet, ved at klager fikk meddelt at konkurransen var avlyst etter at vedståelsesfristen var utløpt, og uten at innklagede hadde forespurt klager om å forlenge vedståelsesfristen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 28. mars 2011 i sak 2010/141

Klager: Kreativt Næringscenter AS

Innklaget: NAV Virkemiddelenhet Rogaland

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Bjørg Ven

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse

Bakgrunn:

- (1) NAV Virkemiddelenhet Rogaland (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. juli 2009 en konkurranse med forhandling i ett trinn, kalt "*Veien til arbeid*". Anskaffelsen gjaldt inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kurs beregnet på langtidsledige, mottakere av sosialhjelp og personer med særlig behov for bistand i arbeidssøkerprosessen. Det fremgikk av kunngjøringen punkt II.1.4) at anskaffelsen hadde en anslått verdi på mellom kr 500 000 og kr 3 000 000 eks. mva.
- (2) Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 satt til 21. september 2009. I konkurransegrunnlaget punkt 3.3 om vedståelsesfrist fremgikk det at leverandøren var bundet av tilbudet i tre måneder regnet fra utløpet av tilbudsfristen.
- (3) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.1:
"Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som etter forhandlingene er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:
 1. *Pris*
 2. *Kvalitet, herunder:*
 - *Faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagt CV, eventuelle intervjuer og referanser*
 - *Tilbudets pedagogiske opplegg*
 - *Tjenesteinnhold*

- *Besvarelse/oppfyllelse av kravspesifikasjonen*
- *Leverandørens evne til å gjennomføre tilsvarende leveranser, dokumentert gjennom vedlagte referanser*

3. *Forbehold til kontrakt som har økonomisk og/eller risikomessig betydning*

Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge.”

- (4) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Kreativt Næringsssenter AS (heretter kalt klager) og fra SMI Humanutvikling AS.
- (5) Det fremgår av udatert anskaffelsesprotokoll at tildelingskriteriet knyttet til pris ble vektet med 40 %, og tildelingskriteriet knyttet til kvalitet med 60 %.
- (6) I brev av 14. desember 2009 ble klager meddelt at innklagede ville inngå rammeavtale med SMI Humanutvikling AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Klager påklaget valg av leverandør i brev av 18. desember 2009.
- (8) I brev av 7. januar 2010 meddelte innklagede at konkurransen var avlyst.
- (9) Klager ba om en nærmere redegjørelse for avlysningen i brev av 28. januar 2010. I dette brevet ble det også tatt opp forhold som gjaldt to av innklagedes øvrige konkurranser der klager hadde deltatt. I brev av 9. februar 2010 etterspurte klager tilbakemelding på dette brevet.
- (10) I brev av 25. februar 2010 ga innklagede følgende begrunnelse for avlysningen av konkurransen:

”1) Angående brev datert 7. januar 2010: Avlysning av kontrakt ”Veien til arbeid”.

Begrunnelse for avlysning av tilbudet ”Veien til arbeid”: I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 – Tildelingskriterier var der listet opp 3 kriterier: 1 – Pris, 2 – Kvalitet og 3 – Forbehold til kontrakt som har økonomisk og/eller risikomessig betydning. I vår vurdering vurderte vi tilbudene kun opp mot tildelingskriteriene 1+2. Tilbudene skal vurderes opp mot alle kriteriene.

Anskaffelsen ble lyst ut på ny 21.01.10”

- (11) I brev av 1. mars 2010 krevde klager erstatning for negativ kontraktsinteresse både for herværende og for de to øvrige konkurransene som var omtalt i brevet av 28. januar 2010. I brev av 15. mars 2010 ba klager om tilbakemelding på brevet av 1. mars 2010, og gjennomgikk de forhold som etter klagers syn var i strid med regelverket i de tre konkurransene.
- (12) Innklagede opplyste i brev av 30. mars 2010 at man ikke hadde mer å tilføye i saken.
- (13) Saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev av 3. mai 2010.
- (14) I e-post av 8. mars 2011 fra klagenemndas sekretariat ble innklagede bedt om å opplyse og eventuelt dokumentere tidspunktet for når konkurransen ble avlyst. Innklagede besvarte dette på følgende vis i e-post av 9. mars 2011:

”Vedrørende 2010/141 – avlysning av ”Veien til arbeid”: På grunn av ferieavvikling rundt juletider kan ikke NAV finne dokumentasjon på når avgjørelsen om avlysning ble gjort. Avgjørelsen ble imidlertid tatt etter å ha mottatt klage fra KN. I forbindelse med vurderingen av klagen ble det oppdaget at NAV hadde begått en feil som etter NAVs vurdering ikke kunne rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avlysning av konkurransen

- (15) Det anføres at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, ettersom avlysningen skyldes en feil som ikke var uforutsigbar for innklagede, og som var selvforskyldt. Videre kunne innklagede uansett ha reparert feilen ved å gjenoppta forhandlingene med leverandørene og foreta en ny evaluering basert på tildelingskriteriene slik disse var angitt i konkurransegrunnlaget.
- (16) Videre ble konkurransen i herværende sak avlyst *etter* at vedståelsesfristen var gått ut, noe som under enhver omstendighet er for sent. Innklagede oppfordret heller aldri tilbyderne til å forlenge vedståelsesfristen.

Erstatning

- (17) Det anføres at klager prinsipalt har krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse, subsidiært for negativ kontraktsinteresse.
- (18) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler

Avlysning av konkurransen

- (19) Det bestrides at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Det vises til at det i konkurransegrunnlaget var angitt tre tildelingskriterier (pris, kvalitet og forbehold til kontrakt). I forhandlingsrundene ble det imidlertid opplyst fra innklagede at pris ville bli vektet 40 % og kvalitet 60 %, mens det ikke ble opplyst noe om vektningen av tildelingskriteriet som gjaldt forbehold til kontrakt. Ettersom forhandlingene var gjennomført med bakgrunn i den opplyste vektningen mellom pris og kvalitet, ville det vært i strid med regelverket å endre dette. Det var dermed ikke mulig å rette opp feilen som var begått.
- (20) Innklagede bestrider videre klagers anførsel om at avlysningen har skjedd for sent. Etter at klager påklaget valg av leverandør, ble innklagede oppmerksom på feilen som var begått. Innklagede bestemte seg da for å avlyse konkurransen, og så ingen hensikt i å forlenge vedståelsesfristen når konkurransen uansett måtte avlyses. På grunn av juleferien ble imidlertid ikke avlysningsbrev sendt ut før 7. januar 2010. Innklagede kan uansett ikke se at dette har hatt betydning for klager, ettersom rammeavtale ville blitt inngått med valgte leverandør dersom konkurransen ikke var blitt avlyst.
- (21) Innklagede vil videre vise til at en oppdragsgiver ikke har anledning til å inngå kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen. Ettersom inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristens utløp ville blitt ansett som en ulovlig direkte anskaffelse, hadde innklagede følgelig ikke annet valg enn å avlyse konkurransen.

Erstatning

- (22) Klager har etter innklagedes syn ikke krav på erstatning for verken positiv eller negativ kontraktsinteresse.

- (23) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen, som er gjennomføring av arbeidsmarkedstiltak, er en tjenesteanskaffelse i kategori (24), og er dermed å anse som en uprioritert tjeneste. Verdien av anskaffelsen er i kunngjøringen punkt II.1.4) anslått til å ligge mellom kr 500 000 og kr 3 000 000 eks. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften § 2-1 første og andre ledd jf. femte ledd.

Avlysning av konkurransen

- (25) Klager har anført at innklagede ikke hadde anledning til å avlyse konkurransen. Det er vist til at det ikke forelå saklig grunn til avlysning og til at avlysningen uansett skjedde for sent.
- (26) Oppdragsgivers adgang til å avlyse en konkurranse er regulert i forskriften § 13-1 første ledd, hvor det fremgår følgende:
- "Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn. "*
- (27) Klagenemnda vurderer først hvorvidt innklagede har avlyst konkurransen for sent. Dersom dette er tilfellet, vil det ikke være nødvendig å ta stilling til om kravet til saklig grunn er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2007/153 premiss (29).
- (28) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en konkurranse er avsluttet når vedståelsesfristen er utløpt, og oppdragsgiver dermed ikke har noen bindende tilbud å forholde seg til, jf. klagenemndas sak 2005/296 premiss (29). Dette medfører at oppdragsgiver har plikt til å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, jf. klagenemndas saker 2007/5 og 2008/23. I dette ligger det at oppdragsgiver, innen utløpet av fristen, enten må inngå kontrakt, avslutte konkurransen ved avlysning eller totalforkastelse, eller oppfordre tilbyderne til å forlenge vedståelsesfristen, jf. klagenemndas saker 2007/153 premiss (26)-(29) og 2010/17 premiss (25).
- (29) I herværende konkurranse gikk vedståelsesfristen ut 21. desember 2009, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.3 jf. 3.2, og innklagede har erkjent at tilbyderne ikke ble oppfordret til å forlenge denne fristen. Videre er det på det rene at klager først ble meddelt at konkurransen var avlyst ved brev av 7. januar 2010, dvs. nesten tre uker etter at vedståelsesfristen var gått ut. På bakgrunn av innklagedes anførsler og dokumentasjonen i saken, fremstår det imidlertid som uklart for klagenemnda om beslutning om avlysning ble tatt før eller etter utløpet av vedståelsesfristen. Etter forespørsel fra klagenemndas sekretariat opplyste innklagede i e-post av 9. mars 2011 at man ikke kan finne dokumentasjon på når avgjørelse om avlysning ble tatt.
- (30) Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om når beslutning om avlysning ble tatt. Etter klagenemndas syn er det nemlig uansett ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver beslutter å avlyse konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, oppdragsgiver må også meddele dette til tilbyderne innen denne fristen. I herværende sak er det på det rene at klager ikke ble oppfordret til å forlenge vedståelsesfristen innen utløpet av denne, og at klager fikk meddelelse om avlysningen

flere uker etter at vedståelsesfristen var gått ut. Innklagedes fremgangsmåte avskar dermed klagers muligheter til å imøtegå avlysningen mens tilbudet fremdeles var bindende. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder kravet til forutberegnelighet.

- (31) At vedståelsesfristen gikk ut før klager ble meddelt at konkurransen var avlyst, er en feil som ikke kan repareres. Det vises til at inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristens utløp vil være å anse som en ulovlig direkte anskaffelse, jf. klagenemndas sak 2010/17 premiss (40). På denne bakgrunn finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler. Av samme grunner velger klagenemnda å ikke uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Konklusjon:

NAV Virkemiddelenhet Rogaland har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder kravet til forutberegnelighet ved at klager fikk meddelelse om at konkurransen var avlyst etter at vedståelsesfristen var utløpt, og uten at klager var blitt forespurt om å forlenge vedståelsesfristen.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

28. mars 2011

Georg Fredrik Rieber-Mohn