



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling i ett trinn for inngåelse av rammeavtale for tiltak beregnet på langtidsledige med behov for veiledning og bistand til jobbsøking. 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 2010/156

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 16. juli 2009 en konkurranse med forhandling i ett trinn, kalt "*Jobbsøking og arbeidspraksis for langtidsledige*". Anskaffelsen gjaldt inngåelse av rammeavtale med én leverandør for tiltak beregnet på langtidsledige med behov for veiledning og bistand til jobbsøking. 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 7. september 2009 kl. 12.00. 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*

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

Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge.”

- (4) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Kreativt Næringscenter AS (heretter kalt klager).
- (5) Av udatert anskaffelsesprotokoll fremgår det at innklagede gjennomførte forhandlingene med leverandørene i perioden fra 30. oktober 2009 til 5. november 2009.
- (6) I brev av 19. januar 2010 ble klager meddelt at konkurransen var avlyst:
”NAV Rogaland Virkemiddelenhet meddeler herved at anbudskonkurransen ”AMO-kurset jobbsøk og arbeidspraksis for langtidsledige” er avlyst med øyeblikkelig virkning. Dette med bakgrunn i at det foreligger en saklig grunn for avlysningen, da det er lagt inn feil ift estimat av verdien i konkurransegrunnlaget.
Jfr. forskriften om offentlige anskaffelser § 17-1 jfr. § 3-8 punkt 2”
- (7) Klager ba i e-post av 19. januar 2010 om en utfyllende redegjørelse for avlysningen, og for hvordan klagers kostnader i forbindelse med konkurransen ville bli dekket. I e-post av 21. januar 2010 purret klager på svar, og ba samtidig om tilbakemelding på hvorvidt prosjektet skulle lyses ut på nytt.
- (8) I brev av 28. januar 2010 anmodet klager på nytt om en nærmere redegjørelse for avlysningen. Videre ble det 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.
- (9) I brev av 25. februar 2010 ga innklagede følgende begrunnelse for avlysningen av konkurransen:

”2) Angående brev datert 19. januar 2010: Avlysning av anbudskonkurranse

Oppdragsgiver viser til at det er lagt inn feil estimat av verdien i konkurransegrunnlaget. Estimaten som ble lagt til grunn var mellom 500.000,- og 3.000.000,- NOK eks moms. Dette viser seg å være feil, og at den reelle verdien ville vært vesentlig høyere.

Oppdragsgiver tar sikte på å lyse ut ny konkurranse i nærmeste framtid.”

- (10) 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.
- (11) Innklagede opplyste i brev av 30. mars 2010 at man ikke hadde mer å tilføye i saken.
- (12) Saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev av 10. mai 2010.
- (13) 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 2010/156 – avlysning av ”jobbsøk med arbeidspraksis for langtidsledige”: NAV kan heller ikke i denne saken finne dokumentasjon på nøyaktig når avgjørelsen om avlysning ble tatt. Avgjørelsen ble imidlertid tatt så snart NAV

oppdaget at det var begått en feil som ikke kunne rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen. Dette ble oppdaget etter at det var forhandlet med leverandørene, men før tilbudsevalueringen var ferdigstilt.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avlysning av konkurransen

- (14) Det anføres at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Det vises til at omstendighetene som utløste avlysningen var feil som ikke var uforutsigbare for innklagede og som var selvforskyldte. Feilen hadde heller ingen betydning for valg av anskaffelsesprosedyre. Innklagede kunne dermed ha rettet konkurransegrunlaget og utsatt tilbudsfristen slik forskriftens § 8-2 åpner for.
- (15) Videre ble konkurransen i herværende sak avlyst *etter* at vedståelsesfristen var gått ut, noe som under enhver omstendighet var for sent. Innklagede oppfordret heller aldri tilbyderne til å forlenge vedståelsesfristen, på tross av at innklagede hadde både tid og anledning til å gjøre dette.

Erstatning

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

Innklagedes anførsler:

Avlysning av konkurransen

- (18) Det anføres at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. I kunngjøringen var det uriktig angitt en estimert kontraktsverdi på mellom kr 500 000 og kr 3 000 000 eks. mva., mens det korrekte skulle vært mellom kr 10 000 000 og 15 000 000 eks. mva. Denne feilen kunne ikke repareres på andre måter enn ved avlysning av konkurransen.
- (19) Innklagede bestrider at avlysningen av konkurransen skjedde for sent. At vedståelsesfristen beklageligvis ikke ble forlenget, hadde etter innklagedes syn ingen betydning ettersom man uansett hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (20) 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

- (21) Det bestrides at vilkårene for erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse er oppfylt.
- (22) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (23) 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 tiltak beregnet på langtidsledige med behov for veiledning og bistand til jobbsøking, er en tjenesteanskaffelse i kategori (24) og er dermed å anse som en uprioritert tjeneste. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) opplyst til å ligge mellom kr 500 000 og kr 3 000 000 eks. mva, men i følge innklagede er den reelle verdien på mellom kr 10 000 000 og kr 15 000 000 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

- (24) 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.
- (25) 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. "*
- (26) 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).
- (27) 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).
- (28) I herværende konkurranse gikk vedståelsesfristen ut 7. desember 2009, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.3 jf. punkt 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 19. januar 2010, dvs. nesten 1,5 måned 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 kunne finne dokumentasjon på når avgjørelse om avlysning ble tatt.
- (29) 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 fremgangsmøte 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.

- (30) 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. blant andre 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