



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Kluge Advokatfirma DA
Postboks 1548 Vika
0117 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0150-15

Dato:
12.02.2013

Avgjørelse - klage på avvisningsbeslutning

Klagenemndas sekretariat besluttet 30. januar 2013 å avvise klage fra Kommunal Landspensjonskasse gjensidig forsikringsselskap (heretter klager) over anskaffelse av offentlig tjenstepensjon, der Tønsberg kommune (heretter innklagede) var oppdragsgiver. Bakgrunnen for avvisningen var at klager manglet saklig interesse i å få behandlet sine anførsler for nemnda, og klagen ble avvist med hjemmel i klagenemndsforordningen § 6 (2).

Klage ble inngitt i løpet av den tredje virkedag etter at avvisningsvedtaket etter det opplyste ble meddelt klager, og klagen er derfor rettidig. Etter klagenemndsforordningen § 9 er det klagenemndas leder som behandler klage over sekretariatets avvisningsvedtak.

Klager har i korthet anført:

Det er av stor betydning å få Kofas syn på klagers anførsler, selv om betydningen i første rekke gjelder fremtidige saker. Det dreier seg om enorme premiekostnader for kommunene, og anskaffelsene er derfor meget viktige. Siden 2007 har Kofa behandlet færre enn 10 klagesaker om slike anskaffelser. Terskelen for å avvise en klage på grunn av manglende saklig klageinteresse bør følgelig være høy. Hensynet til konkurransesituasjonen i markedet bør veie tungt her. Behovet for en rettsavklaring av klagers anførsler er meget sterkt.

Et premiss for sekretariatets avvisning er at partene er enige om at det foreligger en feil som ville ha medført plikt for innklagede til å avlyse konkurransen. Dette er feil. Klager har ikke selvstendig analysert hvorvidt vilkårene for konkurranse med forhandling er oppfylt i denne saken. Riktignok har klager tidligere gitt uttrykk for at det kunne foreligge et regelbrudd på dette punkt, men dette er ikke brakt inn som et selvstendig klagepunkt, fordi andre spørsmål var viktigere å avklare. Fra klagers side var det således et bevisst valg å holde spørsmålet om det var benyttet feil konkurranseform, som i så fall ville lede til avlysning, utenfor klagen. Sekretariatets begrunnelse for avvisningen harmonerer dårlig med klagenemndsforordningen § 12 tredje ledd siste punktum. Ved å behandle spørsmålet om avlysning går man utenfor klagers anførsler, som danner rammen for saken. Det ville for øvrig være urimelig om innklagede skal kunne unngå en prøvning av klagers anførsler ved å erkjenne en feil som ikke er påberopt av klager.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Rieber-Mohn, har gått gjennom sakens dokumenter, herunder avvisningsvedtaket og klagen over dette.

Et sentralt faktum i denne saken er etter leders syn at innklagede har erkjent å ha valgt uriktig konkurranseform. I klagenemndas sak 2010/129 slo klagenemnda fast at vilkårene for å benytte

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

konkurranse med forhandling ikke er oppfylt ved anskaffelser av offentlig tjenstepensjon. Som klager selv anfører, har etter dette «alle anbudsprosesser om offentlig tjenstepensjonsordning vært gjennomført som åpne anbudskonkurranser.» Og i klagen til Kofa av 19. mail 2011 skriver klager om avgjørelsen i sak 2010/129: «Avgjørelsen må antas å innebære en prinsipiell avklaring av dette spørsmålet, *hvilket innebærer at tilsvarende brudd foreligger i nærværende sak.*» (Uthevelsen foretatt her).

Selv om klager nå anfører det motsatte, finner leder at sekretariatet har full dekning for å legge til grunn at det var enighet mellom partene om at det i saken foreligger et regelbrudd som gir grunnlag for avlysning, nemlig at innklagede hadde valgt uriktig konkurranseform. Samtidig er det på det rene at klager ikke har anført dette i klagen, men har ønsket rettslig avklaring av andre anførsler.

Som sekretariatet skriver i premiss (19), er det fast praksis i klagenemnda for at klager ikke anses å ha saklig interesse i å få behandlet andre anførsler, når nemnda konstaterer at det foreligger regelbrudd som medfører plikt til å avlyse konkurransen. Sekretariatet viser i den forbindelse til to saker, der klager hadde anført avlysningsplikt.

Selv om klager ikke har anført at det foreligger et regelbrudd som må lede til avlysning, må resultatet etter leders syn bli det samme når innklagede har erkjent dette og således gjort regelbruddet til en del av sine anførsler. Det er nok så at spørsmålet om klagers saklige klageinteresse må prøves for hver enkelt av klagers anførsler. Men det betyr ikke at sakens ramme alene avhenger av disse. Også innklagedes anførsler bidrar til å danne sakens ramme, og klagenemnda er ikke utenfor denne rammen selv om nemnda behandler en anførsel som utelukkende er fremmet av innklagede. Derfor fastsetter også klagenemndsforskriften § 12 tredje ledd siste punktum at nemnda ikke kan gå utenfor «*partenes anførsler og påstander.*» (Uthevelsen foretatt her).

I denne saken er som nevnt situasjonen den at klager har gitt uttrykk for samme oppfatning som innklagede i spørsmålet om avlysning. Det er klar praksis i nemnda for ikke å overprøve enighet mellom partene om at det foreligger brudd på anskaffelsesreglene. Det samme gjelder allerede en erkjennelse fra innklagede om et slikt regelbrudd i anbudskonkurransen. Konkurransen skulle således ha vært avlyst, og klager har ikke en tilstrekkelig saklig interesse i å få prøvd de øvrige anførslene. Klager peker for øvrig selv på at den ønskede rettslige avklaring kun gjelder med sikte på fremtidige saker. Som sekretariatet skriver, foreligger ikke da den nødvendige *aktuelle* interesse i å få behandlet anførslene. Lederen kan heller ikke se at det anførte behovet for rettsavklaring bør føre til en høyere terskel for avvisning enn ellers.

Konklusjon:

Sekretariatets avvisningsvedtak opprettholdes.

Dette vedtak sendes klager via e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.

Med hilsen

Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder

Kopi til:
Tønsberg
kommune