



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Føyen Advokatfirma DA  
Postboks 7086 St. Olavs Plass  
0130 OSLO

*Deres referanse*

*Vår referanse*  
2011/309

*Dato*  
15. august 2013

### **Avgjørelse – klage over avvisningsvedtak**

Klagenemndas sekretariat besluttet 5. juli 2013 å avvise klage fra Unit4 Agresso (heretter kalt klager) over NAVs inngåelse av rammeavtale på IKT-området. Oppdragsgiver var NAV økonomi, anskaffelser og forretningsjuridisk avdeling (heretter kalt innklagede). Bakgrunnen for avvisningen var at klagen anses uhensiktsmessig for behandling i nemnda, fordi den klart ikke kan føre frem, jf. klagenemndforskriften § 9.

Avvisningen er den 10. juli påklaget til klagenemndas leder, jf. den samme forskriftsbestemmelsen. Klagen antas å være rettidig.

#### *Klager har i korthet anført:*

Twistens kjerne er klagers uttrykte forbehold til konkurransegrunnlagets krav om at klageren ikke kan holde tilbake ytelser som følge av innklagedes mislighold. Spørsmålet er om dette forbeholdet er "*vesentlig*" og således begrunner en avvisning av klagers tilbud fra konkurransen.

Klagen bygger på at sekretariatet uten videre har lagt til grunn innklagedes faktiske fremstilling og i liten grad vurdert de anførsler som er fremsatt i den opprinnelige klagen. Således er avvisningen begrunnet i at dersom klageren holder tilbake sine ytelser ved eventuelt mislighold fra innklagedes side, så vil det kunne få følger for utbetaling av lønn og ventelønn til tusenvis av ansatte i NAV-systemet.

Dette er ikke holdbart. De konkurranseutsatte tjenester gjelder konsulenttjenester og ikke løpende driftstjenester.

Ved det omstridte krav om at klageren skal yte sine tjenester selv om innklagede på sin side skulle misligholde sine forpliktelser, har innklagede påført leverandøren en risiko ved kontraktsgjennomføringen. Men det kan ikke legges til grunn at dette er spesielt viktig for innklagede. En leverandør må kunne forvente at en kunde oppfyller sine forpliktelser. Og dersom kunden – in casu innklagede – anser et krav som nevnt som svært viktig, bør dette utdypes i konkurransegrunnlaget.

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:  
postmottak@kofa.no  
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

Innklagede har hevdet at klagers forbehold gir denne en konkurransefordel. Men lojalitetsplikten i kontraktsforhold tilsier at retten til å holde ytelsen tilbake vil være begrenset. Således må innklagede straks varsles om tilbakeholdsretten skal benyttes. Dette gir innklagede forutsigbarhet, og "risikoen er ikke stor for at lønn ikke utbetales". Forbeholdet kan på denne bakgrunn, og ut fra hva som er anført i den opprinnelige klagen, ikke anses som vesentlig.

*Bemerkninger fra klagenemndas leder:*

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

Innklagede avviste klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d, og spørsmålet for sekretariatet var om denne avvisningen kan anses rettmessig. Den avgjørende problemstillingen var – og er – om klagers forbehold til kravet om å levere til tross for eventuelt mislighold fra innklagedes side, må anses som "vesentlig", jf. den nevnte bestemmelse i anskaffelsesforkriften.

Sentrale momenter ved denne avgjørelsen vil, som sekretariatet angir ved referansen til sak 2011/193 premiss (32), være *"karakteren av kontraktsvilkåret det tas forbehold mot, betydningen for oppdragsgiver, betydningen i forhold til konkurrenter, herunder risiko for at leverandøren får en konkurransefordel og i hvilken grad forbeholdet kan prissettes"*.

Leder har forståelse for at sekretariatet i denne sak har funnet det vanskelig å overprøve innklagedes anførsler om de faktiske virkninger som kan bli resultatet av klagers forbehold. Allerede det forhold at innklagede har stilt et krav om at leverandøren skal yte til tross for mislighold fra egen side, bærer bud om hvor viktige ytelsene er for innklagedes løpende virksomhet. Det antas å være et ganske så ekstraordinært krav å stille i kontraktsforhold, og det er akseptert av alle leverandørene, bortsett altså fra klageren.

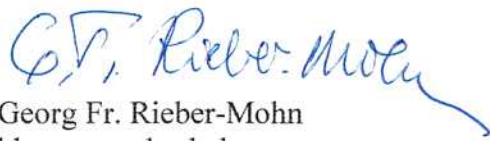
Det forhold at klagers ytelse er kalt "konsulenttjeneste", kan etter leders syn ikke i seg selv medføre at den ikke kan ha endog direkte virkninger for driften av lønnsutbetalingssystemet. I konkurransegrunnlaget er det angitt at tjenesten blant annet skal gjelde *"funksjonell og teknisk kompetanse, drift og vedlikehold.."*. Heller ikke det faktum at innklagede skulle inngå 3-6 parallelle rammeavtaler på Agresso-området, innebærer at et annet konsulentfirma uten videre kan tre inn og umiddelbart levere de tjenester som klager måtte velge å stanse. I klagen heter det at risikoen ikke er *"stor for at lønn ikke utbetales"*. Men allerede en liten risiko for et slikt resultat er så vidt alvorlig at innklagede må kunne sikre seg med rettslig tilgjengelige midler.

Leder er videre enig med sekretariatet i at klagers forbehold gir denne et konkurransefortrinn. Leder slutter seg således til følgende resonnement i avvisningsbeslutningen: *"Ved å ta vilkåret inn i kontrakten har innklagede også gitt leverandørene en risiko for kontraktsgjennomføringen, ved at de må fortsette sine leveranser selv om de ikke får betalt for sine ytelser, eller innklagede på andre måter misligholder sine forpliktelser. Det er naturlig at en slik risiko innvirker på tilbyderne priser. Ved å ta forbehold mot vilkåret fikk klager en mindre risiko ved kontraktsgjennomføringen enn de øvrige tilbydere som deltok i konkurransen"*.

*Konklusjon:*

Konklusjonen blir følgelig at klagers forbehold må anses som vesentlig, og sekretariatets avvisningsvedtak må fastholdes.

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



Georg Fr. Rieber-Mohn  
klagenemndas leder