



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Nordnorske Entreprenørers Service- Organisasjon
Postboks 395

8301 Svolvær

Deres referanse

Var referanse
2012/0214

Dato
02.01.2013

Klage over avvisningsvedtak – avgjørelse.

Klagenemndas sekretariat besluttet 11. desember 2012 å avvise klage fra Secora AS (heretter klager) over anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider i prosjekt Vannvåg havn i Karlsøy kommune, der oppdragsgiver var Kystverket Nordland (heretter innklagede). Bakgrunnen for sekretariatets avvisning var at klager mangler saklig interesse i å få behandlet sine anførsler i nemnda, og klagen ble avvist med hjemmel i klagenemndforskriften § 6 (2).

Etter det opplyste ble klager meddelt sekretariatets avvisningsvedtak onsdag 12. desember, og klage ble inngitt mandag 17. desember, altså i løpet av tredje virkedagen etter meddelelsen. Klagen må således anses rettidig. Etter klagenemndforskriften § 9 er det klagenemndas leder som behandler klage over sekretariatets avvisningsvedtak.

Klager har i korthet anført: Det er uriktig av sekretariatet å avvise klagen fordi innklagede uansett kunne ha avlyst konkurransen. En slik tolking taler mot formålet med Kofa, og hva som normalt må ligge i begrepet «saklig klageinteresse». Selv om innklagede kunne ha avlyst konkurransen, hvilket ikke ble gjort, har klager interesse i å få vurdert om innklagedes håndtering av konkurransen var lovlig da klager ble avvist på grunn av manglende dokumentasjon av at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Også for et eventuelt erstatningskrav vil det være sentralt om innklagede har handlet i strid med regelverket. Videre vil hensynet til klagers renommé tilsa at klagen fremmes. Avvisning fra konkurransen innebærer at man blir «stemplet», noe som igjen kan få betydning for nye oppdrag. Dessuten vil håndhevelsen av anskaffelsesreglene svekkes om Kofa ikke kan prøve lovligheten av en konkurransegjennomføring utelukkende fordi innklagede kan sannsynliggjøre en «saklig avlysningsgrunn». Endelig vises det til at sekretariatet uriktig tolker uttrykket «saklig klageinteresse» snevrere enn det tradisjonelle begrepet «rettslig interesse» i sivilprosessen. Det vises her til Kommentarer til tvisteloven av Schei m.fl. side 75 flg. og angis et eksempel, som sannsynligvis refererer seg til avgjørelsen i Rt. 1991 side 1468.

Klagenemndas leder, Rieber-Mohn, har gått gjennom sakens dokumenter, herunder avvisningsvedtaket og klagen over dette. Lederen er kommet til at avvisningen må fastholdes.

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

I den konkurransen som dannet bakgrunn for klagen til Kofa, ble samtlige tilbydere avvist fordi de ikke oppfylte kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget. Klageren har ikke hatt innvendinger til at de andre tilbyderne ble avvist, men påklaget altså for egen del innklagedes avvisning. Da innklagede sto igjen med klager som eneste tilbyder, forelå to muligheter: Innklagede kunne avlyse konkurransen med hjemmel i anskaffelsesforskriftens § 22-1 (1) fordi det kun var én tilbyder tilbake og konkurranseelementet således bortfalt. Det er klart at dette ville være en «saklig grunn» til avlysning. Eller så kunne han, om det var hjemmel for det, velge å avvise også klageren fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Innklagede valgte altså sistnevnte alternativ.

Når en oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse, for eksempel fordi det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium, er det fast praksis i Kofa for at klageren mangler saklig interesse i å få prøvd lovmessigheten av andre sider ved oppdragsgiverens gjennomføring av konkurransen. Klagenemndas leder kan ikke se at resultatet bør bli et annet i en situasjon hvor det er klar hjemmel for å avlyse konkurransen, men oppdragsgiveren velger en annen fremgangsmåte som i praksis medfører samme resultat, og det ikke er grunn til å anta annet enn at oppdragsgiver ellers ville ha valgt avlysning.

De reelle hensyn for en annen løsning som anføres av klager, er slike som kan anføres av enhver klager, også i de situasjoner hvor det foreligger avlysningsplikt. De er således av generell karakter og kan vanskelig sies å speile et konkret og sterkt behov hos denne klageren utover et ønske om «å ha rett». Det vises til Schei m.fl. kommentarutgave til tvisteloven side 75: «*Dersom saksoktes interesse utelukkende ligger i å få fastslått at han «hadde rett», uten at dette har nærmere påviselige rettsvirkninger på avgjørelsestidspunktet, foreligger ikke tilstrekkelig rettslig interesse*». Og videre: «*Rettsforholdet er fortidig når det inngrep mv. det gjelder, er foretatt eller opphørt og den faktiske situasjon ikke kan gjenopprettes eller endres gjennom søksmal*». Til dette siste skal bemerkes at når konkurransen ville ha blitt avlyst om ikke innklagede hadde avvist klager, kan ikke den faktiske situasjon for klager gjenopprettes ved en klage til Kofa over avvisningen, og det vil derfor heller ikke være grunnlag for en erstatning av den positive kontraktsinteresse. Når det for øvrig gjelder erstatningskrav, er det sjelden Kofa går inn i en vurdering av om vilkårene antas å foreligge. Og gjør nemnda unntaksvis det, nøyer den seg normalt med en forsiktig antydning.

Klager synes å mene at en kjennelse i Rt. 1991 side 1468 gir støtte for det syn som fremføres i klagen. Til dette skal for det første bemerkes at denne avgjørelsen distanserer seg fra kjennelsen i Rt. 1990 side 460, som generelt slo fast at en forbigått søker til en stilling har rettslig interesse i å kunne reise søksmål om gyldigheten av tilsetningsvedtaket. Og førstvoterende slo fast at i sin alminnelighet vil rettslig interesse bare foreligge dersom en rettsavgjørelse har betydning for saksokerens rettsstilling. Den aktuelle saken gjaldt en søker til et vikariat han ikke fikk. Høyesterett gir anvisning på en del momenter som kan tale for søkeren kunne ha en rettslig interesse i få prøvd gyldigheten av tilsettingen. Klagenemndas leder ser det slik at Høyesterett her går meget konkret til verks, spesielt med sikte på den aktuelle tilsettingssaken. Som Schei m.fl. skriver om kjennelsen: «*Helt sentralt ved vurderingen av søksmalsinteressen var om en dom for ugyldighet ville få betydning for saksokerens mulighet for nytt arbeid, både innenfor offentlig og privat sektor*». Leder vil for øvrig bemerke at det kan gjøre seg særlige hensyn gjeldende nettopp i tilsettingssaker og kan i det hele ikke se at kjennelsen gir veiledning for avgjørelsen av foreliggende klage.

På denne bakgrunn kan det ikke konkluderes med at klagenemndeforskriftens uttrykk «saklig interesse» i praksis tolkes snevrere enn begrepet «rettslig interesse» som ligger til grunn for

tvistelovens § 1-3. Mener klageren fortsatt at det er en slik forskjell som anført, står veien åpen for å anlegge søksmål mot innklagede for å få prøvd rettmessigheten av avvisningen fra konkurransen.

Klagenemndas leder vil etter dette konkludere med at sekretariatets avvisningsvedtak må opprettholdes.

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


Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder