



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av transittplasser for enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år. Innklagede avlyste konkurransen med den begrunnelse at det kun forelå ett gyldig tilbud. Dette fordi de øvrige tilbudene i konkurransen, etter innklagedes syn, måtte avvises. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 13. august 2014 i sak 2012/223

Klager: Norsk mottaksdrift AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Utlendingsdirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. mai 2012 to parallelle konkurranser med forhandling i ett trinn for anskaffelse av transittplasser for enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år. Den ene konkurransen gjald 40 transittplasser, og den andre konkurransen gjaldt 110 transittplasser. Det er konkurransen om 40 transittplasser som er påklaget i foreliggende sak. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 22. juni 2012.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.11 "*Oppdragsgivers budsjettrammer*" fremgikk følgende:

"UDI er fastsatt begrensninger gjennom tildelte budsjetter, og forbeholder seg derfor retten til å forkaste tilbud pga. budsjett/økonomi."
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 9 "*valg av tilbud – tildelingskriterier*" at kontrakt ville bli tildelt på bakgrunn av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende tildelingskriterier:

Nr.			"Vekting"	
			Hoved pkt.	Under pkt.
1		ØKONOMI (PRIS, - se matrise under)	35	
	1.a	Pris pr plass/år ordinær kontrakt		70
	1.b	Pris pr plass ved benyttet opsjon		30

2		INNHold I DRIFT/BEBOERRETTET ARBEID (Vurderes på en skala fra 1 til 6 poeng)	40	
	2.a	Organisatoriske og administrative forhold, pkt 6,4		40
		Bemanningsplan		
		Tolking		
		Lokalsamfunnsarbeid og samarbeid med eksterne parter		
		Trygghet og sikkerhet for ansatte og beboere		
	2.b	Beboerrettet arbeid, pkt. 6,3		60
		Tiltak for godt bomiljø		
		Returarbeid og tiltak for språk, kultur og informasjon fra hjemland		
		Informasjonsarbeid		
		Program og tiltak for barn og unge, herunder opplæring og utvikling av ferdigheter		
		Beboermedvirkning		
3		INNKVARTERINGSTILBUD (Vurderes på en skala fra 1-6)	15	
	3.a	Bygningens tekniske standard, alder og vedlikehold		20
	3.b	Egnethet og fleksibilitet beboerdel		20
	3.c	Egnethet fellesarealer		20
	3.d	Trygghet og sikkerhet bygg (Sikring mot brann og lignende)		20
	3.e	Avstand til Oslo – Tilbudene rangeres etter transporttid til Oslo sentrum		20
4		VERTSKOMMUNE OG KOMMUNALT TJENESTETILBUD	10	
		- Tilbyders dokumentasjon av planlagt/avtalt samarbeid med vertskommunen - Vertskommunens eventuelle uttalelse til UDI		
Sum vekt %			100"	

(4) Innklagede mottok tre tilbud, fra henholdsvis Norsk Mottaksdrift AS (heretter klager), Link AS og Otrera AS, innen tilbudsfristen 22. juni 2012.

(5) I tilbudet fra Link AS var det tatt følgende forbehold:

"Link AS har valgt å levere inn tilbud til konkurransen om drift av Mysebu ankomsttransittmottak både for mottak med 110 ordinære plasser og 40 ordinære plasser. Vi forutsetter at vårt tilbud om drift av ankomsttransittmottak med 110 ordinære plasser blir behandlet slik at dette tilbudet kan tildeles uten at det kommer i konflikt med tilbudet om ankomsttransittmottak med 40 plasser. Hvis vi vinner frem med vårt tilbud om drift av ankomsttransittmottak med 110 ordinære plasser vil vi trekke tilbudet om drift av ankomsttransittmottak med 40 ordinære plasser. Tilbudet om drift av ankomsttransittmottak med 40 ordinære plasser gjelder således kun dersom vi ikke vinner frem med tilbudet om drift av ankomsttransittmottak med 110 plasser."

(6) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøte med Otrera AS 5. juli 2012. Fra referatet fra dette møtet hitsettes:

"UDI informerer om at vi anser tilbudet som svært dyrt i forhold til våre økonomiske rammer, og at det har klare mangler i forhold til å beskrive arbeidet med målgruppen. Spesielt mangler det beskrivelse av arbeidet med dublinere.

[..]

UDI ønsker et revidert tilbud der Otrera beskriver arbeidet opp mot målgruppen og et revidert budsjett som beskriver kostnader opp mot dette. UDI orienterer om at nåværende tilbud er alt for dyrt i forhold til våre rammer til at det vil bli tatt i betraktning dersom det ikke kuttes i kostnader.

[..]"

- (7) Otrera AS sendte et brev til innklagede 5. juli 2012, der det ble informert om at Otrera AS hadde misforstått noe av innholdet i konkurransegrunnlaget, og ikke ønsket å levere et revidert tilbud.
- (8) Otrera AS sendte også en mail til klager 16. juli 2012, der det ble informert om at Otrera AS bestemte seg for å trekke seg fra konkurransen etter forhandlingsmøtet. Dette ble begrunnet med at Otrera AS hadde misforstått konkurransegrunnlaget.
- (9) Innklagede sendte en e-post til Link AS 27. september 2012 og ba Link frafalle forbeholdet i tilbudet. Det ble videre opplyst om at dersom forbeholdet ikke ble frafalt, ville tilbudet bli avvist.
- (10) Innklagede sendte en ny e-post til Link AS 3. oktober 2012, der det ble bedt om en tilbakemelding på hvorvidt Link AS ønsket å frafalle forbeholdet. Link AS svarte samme dag at forbeholdet ble fastholdt.
- (11) Innklagede sendte en e-post til Link AS 4. oktober 2012, der det ble informert om at tilbudet fra Link AS var avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften §§ 11-11 (1) bokstav d og 11-11 (2) bokstav b og d.
- (12) Samme dag sendte innklagede et brev til klager, der det ble informert om det var to gyldige tilbud i konkurransen, og at det ene av disse ble avvist. Som følge av dette var konkurransen avlyst. Innklagede sendte en e-post til klager 9. oktober 2012 og gjorde oppmerksom på en feil i brevet av 4. oktober 2012. Det korrekte var at det kom inn tre tilbud i konkurransen, og at to av tilbudene ble avvist.
- (13) Innklagede sendte et brev til Otrera AS 9. oktober 2012, der det ble informert om at konkurransen ble avlyst som følge av at det kun forelå et gyldig tilbud. Det ble her vist til at tilbudet fra Otrera AS var avvist fra konkurransen grunnet overskridelse av innklagedes budsjettrammer.
- (14) I anskaffelsesprotokollen fremgikk det i punkt 2.7 med overskriften *"Evt grunner til avvísning pga forhold ved tilbudet"*, at tilbudet fra Link AS var avvist grunnet forbehold, og om tilbudet fra Otrera AS fremgikk det at *"Tilbudet trukket. Tilbudet lå uansett over våre budsjettrammer"*.
- (15) Klager sendte en klage på avlysningsbeslutningen til innklagede 11. oktober 2012. Innklagede svarte 19. oktober 2012, og tok ikke klagen til følge.

- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 24. oktober 2012.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avlysning av konkurransen

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen, uten at det forelå saklig grunn til dette.
- (19) Det var i strid med regelverket å avvise tilbudet fra Otrera AS, slik at det bare gjenstod et tilbud i konkurransen. Det generelle forbeholdet i konkurransegrunnlaget om totalforkastelse dersom de innkomne tilbudene lå over budsjett– uten nærmere konkretisering av økonomisk ramme, og hvor mye tilbudet lå over budsjett – utgjør ikke en avvisningsgrunn.
- (20) Dersom klagenemnda skulle komme til at et tilbud kan avvises grunnet budsjettoverskridelse, utgjør ikke dette avvisningsgrunnlag i denne konkurransen. Innklagede har ikke sannsynliggjort at det foreligger et forsvarlig fastsatt budsjett.
- (21) Det at Otrera AS ønsket å trekke tilbudet sitt etter tilbudsfristens utløp, medførte ikke at tilbudet kunne avvises fra konkurransen.
- (22) Subsidiært vises det til at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen selv om det var i tråd med regelverket å avvise tilbudet fra Otrera AS. Verken tilbudet fra Otrera AS eller Link AS ble avvist før etter forhandlingene, tilbudene var dermed med i konkurransen helt frem til det endelige justerte tilbudet etter gjennomførte forhandlinger. Dette innebærer at innklagede har hatt grunnlag for å sammenligne klagers tilbud med tilbudene fra Otrera AS og Link AS, og at hensynet til effektiv konkurranse således er ivaretatt i foreliggende tilfelle.

Tidspunktet for avlysning av konkurransen

- (23) Innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 (1) og forskriften § 3-1 (7) ved å avlyse konkurransen på et unødvendig sent tidspunkt.

Innklagedes anførsler:

Avlysning av konkurransen

- (24) Det var saklig grunn til å avlyse konkurransen ettersom det kun gjenstod ett gyldig tilbud i konkurransen, I praksis fra EU-domstolen og klagenemnda er lagt til grunn at det at det bare er ett gyldig tilbud i en konkurranse utgjør en saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (25) Det ble inntatt en absolutt forutsetning om budsjetttrammer i konkurransegrunnlaget. Når Otrera AS` tilbud ikke var i samsvar med denne forutsetningen, og tilbyder i forhandlingene heller ikke var villig til å endre sitt tilbud, ville det vært i strid med kravet til likebehandling i loven § 5 ikke å avvise tilbudet fra Otrera AS. Tilbudet fra Otrera AS var mer enn dobbelt så høyt som budsjettet for anskaffelsen.

- (26) Det var riktig å avvise tilbudet fra Otrera AS av den grunn at tilbyderen eksplisitt hadde erklært at tilbyderen trakk sitt tilbud fra konkurransen. Dersom oppdragsgiver skulle være forpliktet til å se bort fra at tilbyderen trakk seg fra konkurransen vil man komme i en situasjon der den aktuelle tilbyderen vinner konkurransen. Da vil det allerede ved signering foreligge mislighold. Innklagede kan ikke være tvunget til å inngå kontrakt med en leverandør som ikke vil vedstå seg sitt tilbud.

Tidspunktet for avlysning av konkurransen

- (27) Det gjelder ingen frist for avlysning av konkurransen. Innklagede har derfor ikke brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 (1) og forskriften § 3-1 (7) ved å avlyse konkurransen på et for sent tidspunkt.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av transittplasser for enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men det legges til grunn at denne er over nasjonal kunngjøringsgrense siden anskaffelsen er kunngjort. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-1 (5).

Avlysning av konkurransen

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen, uten at det forelå saklig grunn til dette.
- (30) Det fremkommer i forskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger "*saklig grunn*". Dette innebærer at konkurransen kan avlyses dersom det foreligger en objektivt sett saklig grunn, jf. klagenemndas sak 2008/60 premiss (34). Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering der det tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt-2001-473, Rt-2007-983 og klagenemndas saker 2008/60 premiss (29) og 2008/216 premiss (34).
- (31) I foreliggende tilfelle ble konkurransen avlyst som følge av at innklagede mente at det forelå manglende konkurranse fordi det etter innklagedes syn kun forelå ett gyldig/egnet tilbud i konkurransen.
- (32) Klagenemndas praksis viser at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, jf. sak 2010/7 premiss (49). I klagenemndas avgjørelse i sak 2008/216 premiss (36) og sak 2010/7 premiss (50) er det vist til EU- domstolens sak C-27/98, hvor det ble lagt til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud som ikke skal avvises. Domstolen begrunner dette med at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne priser eller øvrige elementer i flere tilbud når det kun gjenstår ett tilbud i konkurransen. Tilsvarende er også lagt til grunn av klagenemnda i tidligere saker, se for eksempel klagenemndas saker 2003/75 og 2008/24. I sak 2003/75 ble det uttalt at hensynet til effektiv konkurranse ofte vil være praktisk umulig å ivareta når kun en leverandør kvalifiserer seg. Dette innebærer at det må anses nok at det kun gjenstår ett tilbud i konkurransen for at oppdragsgiver skal anses for å ha saklig grunn til å avlyse.

Oppdragsgiver har således ikke i tillegg plikt til å sannsynliggjøre at det gjenstående tilbudet i konkurransen prismessig ligger vesentlig over det som en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi skulle tilsi.

- (33) I foreliggende konkurranse mottok innklagede tre tilbud. Tilbudet fra Link AS ble avvist grunnet vesentlig forbehold, og det er ikke bestridt at denne avvisningen var rettmessig. Innklagede sto da igjen med tilbudet fra klager og tilbudet fra Otrera AS.
- (34) I forhandlingsmøte med Otrera AS informerte innklagede tilbydereren om at deres tilbud var alt for dyrt og hadde innholdsmessige mangler, og det ble bedt om et revidert tilbud. Otrera AS sendte en mail til klager 16. juli 2012, der det ble informert om at Otrera AS hadde bestemt seg for å trekke seg fra konkurransen etter forhandlingsmøtet. Dette ble begrunnet med at Otrera AS hadde misforstått konkurransegrunnlaget og derfor ikke ønsket å delta i konkurransen. Innklagede sendte et brev til Otrera AS 9. oktober 2012, der det ble informert om at konkurransen ble avlyst som følge av at det kun forelå ett gyldig tilbud. Det ble her vist til at tilbudet fra Otrera AS var avvist fra konkurransen grunnet overskridelse av innklagedes budsjetttrammer. Innklagede har opplyst at tilbudet fra Otrera AS var mer enn dobbelt så høyt som budsjettet for anskaffelsen.
- (35) I anskaffelsesprotokollen fremgikk det i punkt 2.7 med overskriften *"Evt grunner til avvisning pga forhold ved tilbudet"*, fremgikk det om tilbudet fra Otrera AS at *"Tilbudet trukket. Tilbudet lå uansett over våre budsjetttrammer"*. Det synes dermed som at innklagede aksepterte at Otrera AS trakk sitt tilbud, og at innklagede uansett ville avvist tilbudet.
- (36) Tilbudet fra Otrera AS var etter innklagedes mening ikke akseptabelt fordi det var alt for dyrt, og fordi det hadde innholdsmessige svakheter. Otrera AS begrunnet dette med at de hadde misforstått konkurransegrunnlaget, og ønsket derfor å trekke sitt tilbud. Innklagede og Otrera AS var dermed enig om at tilbudet fra Otrera AS var uegnet i foreliggende konkurranse. Tilbudet fra Otrera AS var dermed ikke egnet til å bruke til å sammenligne priser eller øvrige elementer i tilbudene, og hensynet til effektiv konkurranse var dermed ikke ivaretatt i foreliggende tilfelle. Basert på dette hadde innklagede saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Tidspunktet for avlysning av konkurransen

- (37) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 (1) og forskriften § 3-1 (7) ved å avlyse konkurransen på et unødvendig sent tidspunkt. Innklagede hevder at det ikke gjelder noen frist for avlysning av konkurransen.
- (38) Innklagede fikk tilbakemelding fra Link AS om at leverandøren ikke ønsket å trekke sitt forbehold 3. oktober 2012. Dagen etter sendte innklagede en e-post til Link AS om at deres tilbud var avvist på grunn av vesentlig forbehold. Samme dag sendte innklagede også et brev til klager om at konkurransen var avlyst. Innklagede avlyste dermed konkurransen dagen etter at det ble klart at tilbudet fra Link AS måtte avvises, slik at det forelå grunnlag for å avlyse konkurransen. Innklagede avlyste altså konkurransen så snart det var grunnlag for dette, og varslet klager om dette samme dag. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Utlendingsdirektoratet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl