



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av elkraft- og teletekniske installasjoner ved Kunst- og Håndverkskolen. Som følge av at det kun kom inn to tilbud, og et av disse ble avvist, avlyste innklagede konkurransen og videreførte den som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda kom til at innklagede foretok en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4, fordi klagers tilbud ikke var "uakseptab[elt]" etter § 14-4 bokstav a.

Klagenemndas avgjørelse 22. oktober 2014 i sak 2013/65

Klager: Totaltek AS

Innklaget: Oslo kommune ved Undervisningsbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Undervisningsbygg Oslo KF (heretter innklagede) kunngjorde 1. februar 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av entreprise om elektro- og teletekniske installasjoner. Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 11. mars 2013.
- (2) Anskaffelsen gjaldt entreprise K401, elkraft- og teletekniske installasjoner ved den gamle Kunst- og Håndverkskolen i Oslo. Dette var en del av en fullstendig rehabilitering av den eksisterende bygningsmassen. Prosjektet ble lagt opp med delentrepriser, der innklagede koordinerer og styrer alle entreprisene.
- (3) Det ble 22. februar 2013 lagt ved et addendum til prisskjemaet som allerede forelå. Det ble opplyst at også addendumet skulle prises.
- (4) Innklagede mottok to tilbud, fra Totaltek AS (heretter klager) og AS Watt (heretter valgte leverandør). Valgte leverandørs tilbud ble imidlertid avvist fra den åpne anbudskonkurranse etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f, fordi addendumet ikke var priset. Innklagede avlyste konkurransen med henvisning til at det kun gjenstod ett gyldig tilbud, og at det da var "*saklig grunn*" til avlysning etter § 22-1. Avlysning ble meddelt tilbyderne i brev datert 12. april 2013.
- (5) I samme brev ble det opplyst at innklagede videreførte konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 (1) bokstav b. I e-post av 19. april 2013 gav innklagede beskjed om at de kun ville gå videre med leverandørene som hadde inngitt tilbud i den avlyste konkurransen, av hensyn til tidsbruken. De samme tildelingskriteriene skulle legges til grunn, og det kunne forhandles om alle sider av tilbudet. Ny tilbudsfrist ble satt til onsdag 24. april 2013.

- (6) Klager begjærte midlertidig forføyning 8. mai 2013. I kjennelse av 3. juni 2013 besluttet Oslo byfogdembete at begjæringen ikke førte frem.
- (7) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 12. juni 2013.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. juni 2013.
- (9) Under klagebehandlingen for nemnda har innklagede inngitt dokumentasjon som viser budsjettet for den samlede anskaffelsen, herunder også for entreprisen "*Elektroarbeider*". Her ble det opplyst at budsjettet for den aktuelle entreprisen var 29 014 544 kroner. Dokumentet var datert 21. september 2012. Innklagede opplyste ikke om budsjettet for anskaffelsen av elektro- og teletekniske installasjoner underveis i konkurransen.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. oktober 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Adgangen til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav b uten å ha hjemmel til dette, fordi klagers tilbud fra den opprinnelige konkurransen var et egnet tilbud. Ettersom kontrakt er inngått, er det foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Erstatning

- (12) Innklagede er erstatningspliktig for klagers negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av saken

- (13) Prinsipalt må saken avvises fra behandling i klagenemnda, fordi saken allerede er vurdert av Oslo byfogdembete. Klager fikk ikke medhold i begjæring om midlertidig forføyning i kjennelsen.

Adgangen til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

- (14) Det bestrides at det var et brudd på regelverket å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav b. Siden det var adgang til å avlyse konkurransen med ett gjenstående tilbud, var det også adgang til å videreføre konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Klagers tilbud var også over innklagedes budsjett, slik at det uansett var adgang til å benytte seg av § 14-4 bokstav b.

Erstatning

- (15) Det bestrides at vilkårene for erstatning er oppfylte.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av elektro- og teletekniske installasjoner. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Ettersom konkurransen i dette tilfellet er kunngjort etter 1. juli 2012, har ikke klagenemnda lenger hjemmel til å ilegge gebyr ved ulovlig direkte anskaffelse, og nemnda gir derfor en rådgivende uttalelse i saken.
- (18) Klagen er rettidig. Det er opplyst at avsatte budsjettmidler for anskaffelsen var 29 014 544 kroner. Konkurransen gjelder entreprise av elektroteknikk som er en bygge- og anleggsanskaffelse, og er kunngjort som en anskaffelse som følger forskriften del III på grunn av den samlede verdien av alle delentreprisene. 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 III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2, jf. § 2-3 (7).

Om begjæring om midlertidig forføyning tilsier at saken må avvises

- (19) Innklagede har anført at saken må avvises fra behandling i klagenemnda, fordi saken allerede er vurdert av Oslo byfogdembete. I forføyningssaken ble det ikke tatt stilling til hovedkravet. Nemnda er altså ikke avskåret fra å behandle saken etter klagenemndsforordningen § 6 (3). Anførselen fører derfor ikke frem.

Adgangen til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

- (20) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav b uten å ha hjemmel til dette, fordi klagers tilbud fra den opprinnelige konkurransen var et egnet tilbud.
- (21) Det er ikke omtvistet at innklagede hadde adgang til å avlyse den åpne anbudskonkurransen. Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel til å videreføre denne som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.
- (22) Oppdragsgivers hjemmel til å gjennomføre en forhandlet konkurranse uten kunngjøring er regulert i forskriften § 14-4. Bokstavene a og b gjelder begge det tilfellet at en forutgående kunngjort konkurranse er mislykket. I foreliggende sak gjennomførte innklagede først en åpen anbudskonkurranse. Da denne ble mislykket, hjemlet innklagede en videreføring av konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i § 14-4 bokstav b.
- (23) To leverandører leverte tilbud i den opprinnelige konkurransen. Innklagede inviterte kun disse to leverandørene til å delta videre i konkurranse med forhandling. Valgte leverandør ble i den første konkurransen avvist på grunn av forhold ved tilbudet, slik at de formelle kravene til leverandøren var oppfylt. Etter dette er vilkåret i § 14-4 bokstav a om at "*alle leverandørene som oppfyller kravene til deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta*" oppfylt. Terskelen for å videreføre konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er lavere etter bokstav a enn etter bokstav b, ettersom nevnte vilkår sikrer at alle kvalifiserte leverandører fra den

første konkurransen får delta i forhandlingene. Det vurderes derfor først om innklagede hadde hjemmel etter denne bestemmelsen.

- (24) Det følger av forskriften § 14-4 bokstav a at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når *"tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse er [...] uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (HMS-egenerklæring), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud) eller § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)"*. Etter § 14-4 bokstav b kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring *"dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet"*. For begge bestemmelsene gjelder også et vilkår om at det *"ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår"*. Dette er ikke omtvistet i foreliggende sak.
- (25) Innklagede har vist til at dersom det foreligger grunn til å avlyse konkurransen, medfører dette i seg selv at kravet om uegnethet i § 14-4 bokstav b er oppfylt. Etter nemndas syn er det imidlertid klart at selv om det foreligger saklig grunn til totalforkastelse av tilbudene eller avlysning av den opprinnelige konkurransen, betyr ikke dette at grunnvilkåret i § 14-4 bokstav a eller b automatisk er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2010/221 premiss (41) og sak 2010/325 premiss (45). Dette støttes også av at ordlyden i bokstav a ikke viser til at tilbudene er uakseptable i henhold til § 22-1.
- (26) Klager har anført at budsjettoverskridelse uansett ikke ga innklagede rett til å videreføre konkurransen etter § 14-4, ettersom avlysningen av den opprinnelige konkurransen utelukkende ble begrunnet med at det kun stod igjen ett gyldig tilbud. Grunnlaget for avlysningen er imidlertid et annet vurderingstema enn om innklagede hadde hjemmel til å videreføre konkurransen, slik at de opplyste avlysningsgrunnene ikke er avgjørende for om innklagede har rett til å videreføre konkurransen etter § 14-4.
- (27) Det er ikke omtvistet at valgte leverandørs tilbud i anbudskonkurransen skulle avvises, og at tilbudet dermed kunne regnes som uakseptabelt etter forskriften § 14-4 bokstav a. Slik saken er opplyst, forelå det verken rett eller plikt for oppdragsgiver til å avvise klagers opprinnelige tilbud. Spørsmålet blir derfor om klagers tilbud, fordi det oversteg innklagedes budsjett, var *"uakseptab[elt] i henhold til krav fastsatt i samsvar med [...] § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)"*, jf. klagenemndas sak 2010/325 premiss (45).
- (28) Ordlyden *"uakseptable"* er vag, og det er ikke klargjort gjennom praksis fra EU-domstolen eller norske domstoler hva som ligger i vilkåret. Alternativet *"§ 22-2 (kriterier for valg av tilbud)"* er ikke entydig, men synes helst å vise til tilfeller der de foreliggende tilbudene ikke lar seg evaluere ut fra tildelingskriteriene oppstilt i konkurransegrunnlaget, se sak 2010/325 premiss (45).
- (29) I klagenemndas sak 2010/221 åpnet nemnda for at budsjettoverskridelse kan gjøre tilbudet uakseptabelt eller uegnet etter § 14-4 bokstav a og b. Klagenemnda uttalte i premiss (41) at det *"som et klart utgangspunkt [må] legges til grunn at et tilbud ikke kan anses uakseptabelt eller uegnet bare fordi det overskrider oppdragsgivers budsjett"*, men åpnet etter en nærmere vurdering for at *"med objektivt sett vesentlig høyere priser enn man kunne forvente, kan vilkårene trolig etter omstendighetene anses oppfylt"*, jf. premiss (44). Dette ble imidlertid uttalt som et obiter dictum, ettersom nemnda ikke tok stilling til om vilkåret var oppfylt i den aktuelle saken.

- (30) I en senere sak, 2010/325, kom flertallet til at budsjettoverskridende tilbud som utgangspunkt ikke kunne regnes som verken uakseptable eller uegnede, jf. § 14-4 bokstav a eller b. Bare dersom oppdragsgiver kunngjør sitt beløpsestimat som en bindende budsjetttramme, kan budsjettoverskridende tilbud være *"uakseptable"*. Det ble vist til at en videre tolkning av vilkåret vil kunne undergrave kravet til gjennomsiktighet. Siden det ikke kunne foretas vesentlige endringer i kontraktsvilkårene, vil det også bety at unntaket hovedsakelig vil bli brukt for å oppnå lavere priser fra de samme tilbyderne, se premiss (50). Mindretallet mente at et vilkår om en bindende budsjetttramme ikke kunne oppstilles, da flere hensyn talte mot et slikt minstekrav.
- (31) For anskaffelser under EØS-terskelverdiene, har klagenemnda vurdert dette annerledes. I sak 2012/93 kom nemnda til at tilbud som var vesentlig budsjettoverskridende ikke var egnet, jf. forskriften del § 2-1 (2) bokstav e, og kunne begrunne en etterfølgende konkurranse med forhandling uten kunngjøring. Ved anskaffelser som følger forskriften del II, kan imidlertid oppdragsgivere fritt velge å benytte konkurranse med forhandling, jf. forskriften § 5-1, hvilket må innebære en lempeligere tolkning av en ellers likelydende regel. På denne bakgrunn kan ikke sak 2012/93 legges til grunn for tolkningen av § 14-4, som gjelder forskriften del III.
- (32) Etter dette finner nemnda ikke grunn til å fravike flertallets rettsoppfatning slik den kommer til uttrykk i sak 2010/325. Budsjettoverskridende tilbud kan kun være *"uakseptable"* etter § 14-4 bokstav a dersom oppdragsgiver kunngjør beløpsestimatet som en bindende budsjetttramme.
- (33) I den foreliggende saken var det ikke kommunisert noe budsjettsestimat til tilbyderne, verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. At klagers tilbud overskred budsjettet/kostnadsrammen som innklagede hadde satt opp på forhånd, medfører altså at klagers tilbud ikke kan anses som uakseptabelt, og vilkårene for å fortsette konkurransen som en konkurranse med forhandling etter § 14-4 a er således ikke oppfylt. Ettersom vilkåret *"uegnet"* i § 14-4 bokstav b oppstiller en høyere terskel for å benytte konkurranseformen, kan heller ikke denne unntaksbestemmelsen hjemle en forhandlet konkurranse, jf. klagenemndas sak 2010/325 premiss (52).
- (34) Innklagede har, som følge av urettmessig å videreføre konkurransen uten hjemmel i § 14-4 bokstav a eller b, foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ettersom innklagede *"i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"* jf. forskriften § 4-1 bokstav q.

Erstatning

- (35) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse er oppfylt, jf. klagenemnds forskriften § 12.

Konklusjon:

Oslo kommune ved Undervisningsbygg Oslo KF har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger