



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Wikborg Rein & Co
Postboks 1513 Vika

0117 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2013/89

Dato
23.09.2013

Klage over avvisningsvedtak – avgjørelse.

Klagenemndas sekretariat besluttet 11. september 2011 å avvise klage fra Kraemer Maritime AS (heretter klager) over Havforskningsinstituttets (heretter innklagede) avlysning av en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale for leveranser av proviant mv. til instituttets fartøy. Bakgrunnen for avvisningen var at sekretariatet fant klagen uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndeforskriften § 9, fordi den klart ikke kan føre frem.

Klageren har i rett tid på klaget avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Klager har i korthet anført:

Det forelå ikke «saklig grunn» til avlysning av konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 22-1 (1), selv om det til slutt forelå kun ett tilbud. Saken karakteriseres av at det ble oppdaget en formalfeil i tilbudet fra den ene av to tilbydere etter at begge tilbud var fullstendig evaluert, og det medførte at valgte leverandørs tilbud måtte avvises. Det gjenstående tilbudet fra klager skilte seg lite fra det avviste tilbudet. Avlysningsretten ved ett gjenstående tilbud begrunnes med at det ikke har vært mulig å sammenligne dette tilbudet med andre, slik at konkurransemomentet har vært fraværende. Men i dette tilfellet, hvor det gjenstående tilbudet er evaluert opp mot et annet tilbud, slår ikke denne begrunnelsen til. Særlig hensynet til lovens formål og samfunnseffektiv ressursbruk tilsier da at det ikke foreligger avlysningsrett.

Bemerkninger fra nemndas leder:

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

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 premiss 13 i avvisningsvedtaket gir sekretariatet en presis og konsentrert redegjørelse for det rettslige utgangspunkt ved avgjørelsen av om det foreligger saklig grunn til å avlyse en konkurranse. Det må foreligge en objektivt saklig grunn. Avgjørelsen beror på en helhetsvurdering der omstendighetene som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, er sentrale momenter. Økonomiske og forretningsmessige begrunnelser vil regelmessig være saklige, og det er i praksis operert med en lav terskel for hva som skal anses som en saklig grunn til å avlyse en konkurranse. Referanser til rettskilder er gitt i premiss 13.

I praksis både fra EU-domstolen og fra Kofa er det generelt lagt til grunn at når det i en konkurranse kun foreligger ett tilbud, vil det være saklig grunn til å avlyse denne. Begrunnelsen er gjerne, som anført av klager, at det da ikke foreligger en sammenligning av flere tilbud og således intet konkurransemoment. Spørsmålet er om denne begrunnelsen også har gyldighet i denne saken, der to tilbud ble evaluert og bare ett ble tilbake, nemlig det økonomisk minst fordelaktige.

For klager synes det å være et sentralt poeng at det kun var en formalfeil som ledet til avvisning av valgte leverandør, og at det var lite som skilte tilbudene, med andre ord at det reelt sett hadde foreligget en konkurranse mellom tilbyderne.

Hvorvidt det foreligger en saklig grunn for avlysning, skal bedømmes ut fra situasjonen på avlysningstidspunktet. På dette tidspunkt sto innklagede igjen med ett tilbud etter å ha avvist den valgte leverandør, fordi vedkommende ikke oppfylte et kvalifikasjonskrav, nemlig kravet til gjennomføringsevne. Det manglet en forpliktelseserklæring etter forskriften § 17-9 (2). Uansett underliggende forhold, anses denne mangel som så vesentlig at den utløser plikt til avvisning fra konkurransen. Leder kan vanskelig se at det gir noen veiledning for avgjørelsen av avlysningsspørsmålet å karakterisere feilen for å være av formell karakter, og leder har ingen foranledning til å vurdere underliggende forhold.

Klageren fremhever også at det var «lite som skiller tilbudene». I tilsvaret til den første klagen uttalte innklagede at det «prismessig» var liten forskjell mellom tilbudene, og at det som skilte var evalueringen av «tilbudt produktkvalitet og leveringstid/service», hvor klageren fikk «noe dårligere score» enn den avviste, valgte leverandør.

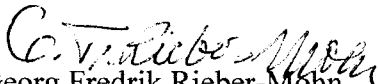
Det særegne ved denne saken er at avvisningen og den påfølgende avlysningen skjer etter at kontrakt er tildelt. Men evalueringen hvilte på en uriktig premiss, slik at klagers tilbud ble evaluert mot et tilbud der tilbyderen ikke oppfylte et sentralt kvalifikasjonskrav. I denne situasjonen kan innklagede vanskelig være forpliktet til å anta det eneste gjenstående og noe dårligere tilbud. I sak 2010/171 har klagenemnda, som sekretariatet påpeker, lagt til grunn at det foreligger avlysningsrett når det foreligger bare én kvalifisert tilbyder, selv om dennes tilbud «var gjennomarbeidet og markedsmessig vurdert.» Og når innklagede ønsket å avlyse og utlyse nye konkurranse, var det naturligvis ut fra en formodning om at det vil komme et bedre tilbud enn klagers. Det er vanskelig å se at en slik forutsigelse er urimelig.

På denne bakgrunn, og fordi terskelen for å avlyse ikke bør være høy, ser ikke leder at det er tilstrekkelig grunn til å fravike hovedregelen om at når det gjenstår ett tilbud i en konkurranse, vil oppdragsgiver ha saklig grunn til å avlyse konkurransen. Under noen tvil er leder også av den mening at det er klart at klagen ikke vil føre frem om den bringes inn for klagenemnda.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og sekretariatets avvisningsvedtak opprettholdes.

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


Georg Fredrik Rieber-Mohn

Klagenemndas leder