



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av drift av to ordinære statlige mottak for asylsøkere. Klagenemnda fant at klager ikke hadde saklig klageinteresse i å få avgjort hvorvidt innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Bakgrunnen for dette var at innklagede uansett ville hatt hjemmel til å delvis avlyse konkurransen, slik at klager ikke kunne vunnet konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 13. august 2014 i sak 2013/95

Klager: Fossnes AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Saklig klageinteresse

Bakgrunn:

- (1) Utlendingsdirektoratet (heretter innklagede) kunngjorde 22. mars 2013 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av drift av to ordinære statlige mottak for asylsøkere. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 16. mai 2013.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1 at innklagede skulle anskaffe to mottak, hvert med 130 – 150 plasser.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.11 "*Oppdragsgivers budsjetttrammer*" fremgikk følgende:

"UDI er fastsatt begrensninger gjennom tildelte budsjetter, og forbeholder seg derfor retten til å forkaste tilbud pga. budsjett/økonomi."

- (4) 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.	Kriterier	Vekting
1	ØKONOMI (PRIS, - se pkt 7,5)	35
1.a	Pris pr plass/år	70
1.b	Pris pr plass/år, opsjonstrinn I (vekt 30 % hvis eneste tilbudte opsjon)	15 (30)
1.c	Pris pr plass/år, opsjonstrinn II	15

2		INNHold I DRIFT/BEBOERRETTET ARBEID (Vurderes på en skala fra 1 til 6 poeng)	25
	2.a	Organisatoriske og administrative forhold, pkt 6,4	40
		Bemanningsplan	
		Bemanningsplan for hhv opsjonstrinn I og II	
		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, inkl barnebase og avlasting	
		Beboermedvirkning	
	2.c	Vertskommune, pkt 6.4	20
		Tilbyders dokumentasjon av planlagt/avtalt samarbeid med vertskommunen	
		Vertskommunens eventuelle uttalelse til UDI	
3		INNKVARTERINGSTILBUD (Vurderes på en skala fra 1-6)	20
	3.a	Bygningens tekniske standard, alder og vedlikehold	33,3
	3.b	Egnethet og fleksibilitet beboerdel	33,3
	3.c	Egnethet fellesarealer	33,3
4		SIKKRTHERT I MOTTAK (nytt)	20
	4.a	Trygghet og sikkerhet bygg (Sikring mot brann og lignende, pkt 6.6)	80
	4.b	Trygghet og sikkerhet for beboerne, pkt 6.6	20
Sum vekt %			100"

- (5) Innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristen 16. mai 2013, heriblant fra Lopex AS, Hero Norge AS (heretter valgte leverandør) og Fossnes AS (heretter klager). Det fjerde tilbudet ble avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (6) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøte med klager 19. juni 2013. I referatet fra dette møtet fremgikk det at tilbyder ble informert om at prisen i revidert tilbud lå over oppdragsgivers budsjettrammer, og at innklagede ønsket et revidert tilbud med hensyn til pris. Klager sendte en e-post til innklagede 16. juli 2013, der klager informert om at klager ikke ønsket å endre tilbudsprisen.
- (7) Innklagede sendte et brev til klager 1. juli 2013, der klager ble informert om at klagers tilbud ble avvist fordi tilbudsprisen var høyere enn innklagedes budsjettrammer.
- (8) Klager sendte samme dag en klage på avvisningsbeslutningen. Klager påpekte her at det var i strid med regelverket å avvise klagers tilbud.

- (9) Innklagede sendte et brev til klager 5. juli 2012, der det ble informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Lopex AS og valgte leverandør.
- (10) Klager sendte en ny klage på avvisningsbeslutningen 17. juli 2013.
- (11) Innklagede sendte et brev til klager 31. juli 2013, der det ble informert om at innklagede hadde kommet frem til at tilbudet fra Lopex AS skulle vært avvist fra konkurransen. Som følge av dette stod innklagede igjen med bare et tilbud, og avlyste derfor delvis konkurransen, slik at det kun ble inngått kontrakt med valgte leverandør.
- (12) Klager sendte en ny klage på avvisningsbeslutningen 6. august 2013. Innklagede svarte 12. august, og tok ikke klagen til følge. Klager sendte ytterligere en klage 14. august 2013. Innklagede svarte på denne klagen 22. august, og tok ikke klagen til følge.
- (13) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 29. august 2013.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 26. august 2013.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Saklig klageinteresse

- (16) Klager hevder å ha saklig klageinteresse i foreliggende sak. Det er ikke klart at innklagede hadde hjemmel til å avlyse konkurransen dersom klagers tilbud ikke hadde blitt avvist.

Avvisning av klagers tilbud

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager. Det generelle forbeholdet i konkurransegrunnlaget om forkastelse av innkomne tilbud dersom de innkomne tilbudene lå over budsjett- uten nærmere konkretisering av økonomisk ramme, og hvor mye tilbudet lå over budsjett- utgjør ikke en avvisningsgrunn. Forskriften § 14-4 bokstav a gir heller ikke hjemmel til å avvise klagers tilbud. Det er verre for en tilbyder å bli avvist, enn at konkurranseformen endres til konkurranse med forhandling. Vilkårene for å avvise som følge av for høy pris må derfor være strengere enn vilkårene i forskriften § 14-4 bokstav a.
- (18) Dersom klagenemnda skulle komme til at forbeholdet om forkastelse av tilbud over budsjett ga hjemmel til å avvise klagers tilbud, anfører klager subsidiært at det var i strid med kravet til likebehandling i loven § 5 å avvise klagers tilbud. Valgte leverandør har et fast og omfattende leveranseforhold til innklagede, slik at valgte leverandør har fått opplysninger som setter selskapet i stand til å vite nøyaktig hvilke budsjett innklagede har. Dette utgjør en fordel for valgte leverandør som innklagede plikter å utjevne.

Innklagedes anførsler:

Saklig klageinteresse

- (19) Innklagede bestrider at klager har saklig klageinteresse i foreliggende sak. Uansett om klagers tilbud ikke skulle vært avvist, ville konkurransen blitt avlyst som følge av

økonomiske overskridelser og fordi at det ikke var aktuelt å ha to mottak i samme vertskommune.

Avvisning av klagers tilbud

- (20) Innklagede bestrider at det var i strid med regelverket å avvise klagers tilbud. Innklagede hadde inntatt en absolutt forutsetning om budsjetterammer i konkurransegrunnlaget. Når klagers tilbud ikke var i samsvar med denne forutsetningen, og tilbyder i forhandlingene heller ikke var villig til å endre sitt tilbud, hadde innklagede plikt til å avvise klagers tilbud. Det fremgår av forskriften § 14-4 bokstav a at oppdragsgiver kan anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når tilbudene i den forutgående konkurransen er uakseptable i henhold til fastsatte krav. Denne bestemmelsen må forstås slik at den gir innklagede en rett til å forkaste tilbud som ligger over den økonomiske rammen, og at det ikke kan oppstilles et vilkår om at det er oppgitt en makspris i konkurransegrunnlaget.
- (21) Innklagede bestrider at valgte leverandør hadde et informasjonsfortinn i konkurransen. Også klager har deltatt i flere konkurranser om mottak, og har i flere tilfeller bedt om innsyn i tilbud og kontrakter som er inngått i regionen.

Klagenemndas vurdering:

Saklig klageinteresse

- (22) Innklagede bestrider at klager har saklig klageinteresse i foreliggende sak. Uansett om klagers tilbud ikke skulle vært avvist, ville konkurransen blitt delvis avlyst som følge av økonomiske overskridelser og fordi det ikke var aktuelt å ha to mottak i samme vertskommune.
- (23) Det følger av klagenemndsforskriften § 6 (2) at "[k]lage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnløstelse, handling eller beslutning". Klager har deltatt i konkurransen, og vil dermed i utgangspunktet ha saklig interesse i å få avklart spørsmål tilknyttet den aktuelle konkurransen. Klagenemnda har imidlertid stilt krav til at interessen i å få avgjort anførselen eller anførslene må være aktuell, som innebærer at klager må ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/180 premiss (23) og sak 2011/81 premiss (22). Videre må det foretas en konkret vurdering, basert på hvilke anførsler klager har fremsatt og hvilken betydning en vurdering av disse anførslene vil kunne ha, jf. blant andre klagenemndas saker 2008/24 premiss (112) og 2013/137.
- (24) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede ønsket å inngå to kontrakter om mottaksdrift. Det ble imidlertid kun inngått én kontrakt, og konkurransen om kontrakt nummer to ble avlyst. Bakgrunnen for dette var at innklagede avviste tre av de innkomne tilbudene, slik at det kun gjenstod ett tilbud.
- (25) Innklagede hevder at selv om klagers tilbud ikke hadde blitt avvist, ville konkurransen blitt delvis avlyst, slik at det bare hadde blitt inngått kontrakt med valgte leverandør. Det første klagenemnda tar stilling til er derfor om innklagede kunne ha delvis avlyst konkurransen, og ikke inngått kontrakt om drift av mottak nummer to, med den begrunnelse at det ikke var kommet inn noen aktuelle tilbud for denne kontrakten som var innenfor innklagedes budsjett.

- (26) I følge forskriften § 13-1 kan oppdragsgiver avlyse konkurransen såfremt det foreligger "*saklig grunn*" for avlysning. Klagenemnda har i tidligere saker fastslått at det foreligger en slik saklig grunn dersom de innkomne tilbudene overskrider innklagedes budsjett, jf. sak 2010/325.
- (27) Selv om dette i utgangspunktet gjelder avlysning av hele konkurransen, har klagenemnda i sak 2009/89 lagt til grunn at oppdragsgiver også kan avlyse kun for deler av konkurransen, dersom leverandørene kunne inngi selvstendige og separate tilbud på disse delene.
- (28) I foreliggende sak var det ikke slik at tilbyderne innga tilbud på enten mottak nummer én eller mottak nummer to. Dette fordi kravene som ble stilt til de to mottakene var identiske, slik at det ikke var nødvendig å skille mellom de to mottakene ved innlevering av tilbud. Det var heller ikke krav om at det måtte inngis tilbud på to mottak; ett var nok. Innklagede ville uansett tildele de to kontraktene til de to tilbudene som var best. De to kontraktene var videre selvstendige og separate, slik at det ikke er grunnlag for å skille foreliggende tilfelle fra tilfeller der det kan inngis separate deltilbud.
- (29) Dersom innklagede hadde kunngjort de to konkurransene separat, og kun fikk inn tilbud over budsjett i den ene konkurransen, ville nok innklagede hatt saklig grunn til å avlyse denne konkurransen. I foreliggende sak hadde imidlertid innklagede gjennomført konkurransen slik at det skulle inngås to separate kontrakter, men begge kontraktene var kunngjort samlet. Klagenemnda kan ikke se at denne måten å organisere konkurransen på kan medføre at innklagede blir avskåret fra å delvis avlyse konkurransen, og bare inngå én kontrakt, dersom det ikke kommer inn tilstrekkelig mange tilbud som er innenfor innklagedes budsjett. Basert på dette hadde innklagede adgang til å avlyse konkurransen for den ene kontrakten uavhengig av om klagers tilbud var avvist. Klager ville derfor uansett ikke blitt tildelt kontrakt selv om det skulle være i strid med regelverket å avvise klagers tilbud på det aktuelle grunnlag.
- (30) I sin overprøving av sekretariatets avvisning av sak 2012/214 konkluderte klagenemndas leder med at klager ikke hadde saklig interesse i å få avgjort hvorvidt klagers tilbud var rettmessig avvist, når innklagede uansett hadde hjemmel til å avlyse konkurransen. Tilsvarende må gjelde i foreliggende tilfelle. Klager har dermed ikke saklig interesse i å få avgjort hvorvidt det var i strid med regelverket å avvise klagers tilbud. Denne saken avvises derfor fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndeforskriften § 9, jf. § 6 (2).

Konklusjon:

Klager har ikke saklig interesse i å få avgjort hvorvidt det var i strid med regelverket å avvise klagers tilbud. Saken avvises derfor fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9, jf. § 6 (2).

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl