



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 5.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for drift av inntil to ordinære statlige mottak for asylsøkere. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt de generelle kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i loven § 5, ved å oppstille en betingelse i konkurransegrunnlaget som ga innklagede rett til å avvise tilbud som lå over de økonomiske rammene for kontrakten, uten å gi nærmere opplysninger om nivået for denne rammen.

Klagenemndas avgjørelse 24. april 2015 i sak 2014/125

Klager: Fossnes AS

Innklaget: Staten ved Utlendingsdirektoratet

**Klagenemndas
medlemmer:** Morten Goller, Tone Kleven og Kai Krüger

Bakgrunn:

- (1) Staten ved Utlendingsdirektoratet (heretter innklagede) kunngjorde 17. juni 2014 en konkurranse med forhandling for drift av inntil to ordinære statlige mottak for asylsøkere. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom 35 og 40 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 29. august 2014.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.11 at *"UDI har i forkant fastsatt økonomiske rammer for konkurransen og forbeholder seg retten til å avvise tilbud som ligger over de økonomiske rammene."*
- (3) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene pris (35 %), innhold i drift/beboerrettet arbeid/mottakets organisatoriske og administrative forhold (25 %), innkvarteringstilbud (20 %) og sikkerhet i mottak (20 %).
- (4) Tildelingskriteriet pris var inndelt i tre underkriterier, pris per plass (80 %), pris per plass på opsjonstrinn I (10 % eller 20 % dersom dette var den eneste tilbudte opsjonen) og pris per plass på opsjonstrinn II (10 %).
- (5) Det var videre opplyst at tildelingskriteriene ville bli gitt poeng fra 10 til 1, hvor det beste tilbudet ville få karakteren 10, mens øvrige tilbud *"scorer relativt til dette"*.
- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, heriblant Fossnes AS (heretter klager).
- (7) I referat fra forhandlingsmøte mellom innklagede og klager av 11. september 2014, fremgikk det i punkt 7:

UDI: Tilbudet er klart dyrere enn billigste tilbud og ligger over oppdragsgivers

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

budsjettrammer, pkt. 2.11 i konkurransegrunnlaget.

Leieposten er spesielt høy, likedan summen av postene 2.1.6 og 2.1.7.

- (8) I referat fra forhandlingsmøte av 3. oktober 2014 fremgikk:

UDI: Tilbudet er ikke billigst og ikke dyrest. Det ligger fortsatt over UDIs økonomiske ramme for konkurransen, ref konkurransegrunnlaget pkt 2.11.

Tilbyder spør om tilbudet vil bli avvist av denne grunnen. UDI svarer at dette er forhold som vil bli vurdert ifm avslutning av konkurransen.

- Prismatrise fra opprinnelig tilbud gjentas i revidert, tilbyder korrigerer dette i revidert tilbud.

- (9) I brev av 10. oktober 2014 ble klagers tilbud avvist med følgende begrunnelse:

Vi viser til forhandlingsmøter og referat fra disse, der tilbudets pris i forhold til UDIs økonomiske ramme har vært tema. Fossnes as opprettholdt i sitt reviderte tilbud 2 prisen fra sitt første reviderte tilbud. Mellom disse to tilbudene ble det avholdt forhandlingsmøte nr 2, der tilbudets pris var oppdragsgivers hovedtema, og Fossnes as ble meddelt at prisen lå over den økonomiske rammen. Tilbudet avvises fordi det ligger over den økonomiske rammen for konkurransen.

- (10) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør, Tokla AS, ble inngått 30. oktober 2014.

- (11) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. november 2014. Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. april 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt de generelle kravene i loven § 5, ved å oppstille et krav som gir innklagede rett til å avvise tilbud som ligger over de økonomiske rammene for kontrakten, uten at budsjettrammen er offentliggjort. I praksis betyr fremgangsmåten at tildelingskriteriet pris blir tillagt 100 % vekt, og ikke 35 % som konkurransegrunnlaget tilsier.
- (13) Innklagede har i en annen konkurranse med samme utforming av konkurransegrunnlaget, latt være å avvise tilbud som lå over budsjettrammen. Dette viser at det ikke er forutberegnelig hvorvidt man vil bli avvist eller ikke.
- (14) Det er ikke mulig å etterprøve om tildelingen er korrekt, og om klagers tilbud faktisk var over den økonomiske rammen for konkurransen. Fremgangsmåten gir en mulighet for at budsjettrammen blir plassert etter at tilbudene er kommet inn. I det foreliggende tilfellet ble tre av fire tilbud avvist.
- (15) Ettersom kravet var ulovlig, hadde heller ikke innklagde adgang til å avvise tilbudet til klager under henvisning til at tilbudet oversteg de økonomiske rammene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Anskaffelsesregelverket er ikke til hinder for anvendelsen av kravet i konkurransegrunnlagets punkt 2.11.
- (17) Forskriften § 14-4 bokstav a, lest i lys av sammenhengen den fremgår av, praksis fra KOFA og uttalelser fra EU, hjemler en avvisningsrett som i det foreliggende tilfellet. Det stilles kun krav til at budsjettet er fastsatt og dokumentert på forhånd. Bestemmelsen stiller derimot ikke noe krav om at budsjettet må oppgis til tilbyderne.
- (18) Det foreligger heller ikke noen plikt til å oppgi den økonomiske rammen i etterkant av konkurransen. UDI arrangerer jevnlig konkurranser om mottaksplasser, og det er de samme rammene som ligger til grunn for konkurranser i samme område. Dersom det gis innsyn i rammene i etterkant av konkurransene, vil UDIs forhandlingsposisjon svekkes.
- (19) Prisen blir ikke i realiteten vektet 100 %. UDI er enig i at tilbud må vurderes i henhold til oppgitte tildelingskriterier. Dette gjelder imidlertid kun tilbud som ikke allerede er avvist når vurderingen skal foretas.
- (20) UDI har forbeholdt seg *retten* til å avvise tilbud som ligger over de på forhånd fastsatte økonomiske rammene. Det er derimot ikke oppstilt noen plikt til å avvise alle tilbud som ligger over den økonomiske rammen. I enkelte tilfeller er det ikke behov for å kjøpe plasser over den økonomiske rammen, mens i andre tilfeller ser man seg nødt til å kjøpe mottaksplasser over den økonomiske rammen. Dette er en fleksibilitet som UDI må ha i markedet.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drift av inntil to ordinære statlige mottak for asylsøkere. Dette er en uprioritert tjeneste i kategori 25. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom kroner 35 og 40 millioner. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 (5) og 2-2 (1).
- (22) Klager anfører at innklagede har brutt de generelle kravene i loven § 5, ved å oppstille en betingelse i konkurransegrunnlaget som gir innklagede rett til å avvise tilbud som ligger over de økonomiske rammene for kontrakten, uten at budsjettrammen er offentliggjort.
- (23) I utgangspunktet er det klart at oppdragsgiver har adgang til å forkaste alle tilbud i en situasjon der tilbudene overstiger budsjettrammen for konkurransen, selv om budsjettrammen ikke er uttrykkelig kommunisert til tilbyderne. Dette vil uansett kunne være en saklig grunn etter forskriften § 13-1 (2). I det foreliggende tilfelle er imidlertid spørsmålet om oppdragsgiver kan avvise enkelttilbud som overstiger budsjettrammen.
- (24) I sak 2013/22 konkluderte klagenemnda med at det var adgang til å oppstille en betingelse i konkurransegrunnlaget om at tilbud som fikk 0 poeng på et av underkriteriene til tildelingskriteriet kvalitet, ville bli avvist. Det ble lagt avgjørende vekt på at det var tydelig kommunisert i konkurransegrunnlaget hvordan evalueringen skulle gjennomføres. EU-domstolen har også fastslått at konkurransegrunnlagets betingelser skal være uformet på en slik måte *"at alle rimeligt velinformerede og normalt*

omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde", se blant annet sak C-42/13.

- (25) Det avgjørende spørsmålet er om det i det foreliggende tilfellet fremkommer tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget på hvilket grunnlag (ut over forskriftens alminnelige regler) leverandørene eventuelt ville kunne bli avvist.
- (26) Oppdragsgiver hadde tilkjennegitt kontraktens estimerte verdi, men det er ikke opplyst i konkurransegrunnlaget hva som konkret var den økonomiske rammen for konkurransen. I forhandlingsmøte med klager ga innklagede signaler om at tilbudsprisen var for høy, men det ble ikke gitt informasjon som gjorde tilbyderne i stand til å fastslå hvilken pris man måtte tilby for å unngå å bli avvist.
- (27) Etter klagenemndas syn må krav der avvik automatisk skal lede til avvisning angis entydig i konkurransegrunnlaget, slik at tilbyderne kan vurdere om det er hensiktsmessig å delta i konkurransen. Opplysningen om at tilbud som oversteg innklagedes økonomiske ramme ville bli avvist, uten nærmere angivelse av nivået, er på denne bakgrunn ikke angitt tilstrekkelig klart til *"at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde"*. Oppdragsgiver kan ha flere grunner til ikke å ville kommunisere en budsjettgrense, men behovet for å anskaffe innenfor en slik grense uten at den opplyses vil samtidig normalt kunne ivaretas gjennom tildelingskriteriene eller eventuelt ved totalforkastelse. I det foreliggende tilfellet er det spørsmål om å avvise tilbud, og det stiller særlig krav til klarhet, av hensyn til forutberegneligheten. Klagenemnda kan ikke se at forskriften § 14-4 bokstav a kan gi grunnlag for at annet resultat.
- (28) Basert på dette var det i strid med regelverket å avvise klagers tilbud med den begrunnelse at tilbudsprisen oversteg de økonomiske rammene for konkurransen, uten at klager fikk tilstrekkelig informasjon om hvilken pris de kunne tilby uten å risikere å bli avvist. Klagers anførsel fører frem.
- (29) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om de rettslige konsekvensene av dette bruddet, jf. klagenemndeforskriften § 12 andre ledd, ut over å bemerke at feilen etter sin art skulle lede til avlysning av konkurransen.

Konklusjon:

- (30) Staten ved Utlendingsdirektoratet har brutt de generelle kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i loven § 5, ved å oppstille en betingelse i konkurransegrunnlaget som gir innklagede rett til å avvise tilbud som ligger over de økonomiske rammene for kontrakten, uten å gi nærmere opplysninger om nivået for denne rammen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller

Dokumentet er godkjent elektronisk