



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, avlysning, karenstid

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om tømning og spyling mv. av septiktanker og sandfangkummer. Etter beslutningen om å tildele kontrakt til valgte leverandør var meddelt tilbyderne, ble konkurransen avlyst med henvisning til at det var brukt et ulovlig tildelingskriterium. Konkurransen ble kunngjort på nytt, men etter en ny beslutning om å tildele kontrakten, denne gang til klager, avlyste innklagede den nye konkurransen. Begrunnelsen var at innklagede hadde kommet til at den første avlysningen kunne omgjøres. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde adgang til å omgjøre den første avlysningsbeslutningen, og heller ikke hadde saklig grunn til å avlyse den andre konkurransen. Nemnda fant også at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør med grunnlag i den første konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 20. april 2016 i sak 2016/13

Klager: JTR Gruppen AS

Innklaget: Hå kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Bakgrunn:

- (1) Hå kommune (*innklagede*) kunngjorde 22. september 2015 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om tømning og spyling mv. av septiktanker og sandfangkummer. Rammeavtalen hadde varighet på to år, og den samlede verdien av avtalen var 1,5 millioner kroner. Tilbudsfristen var 15. oktober 2015.
- (2) Rammeavtale skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene pris (vektet 70 %) og kvalitet (vektet 30 %). Kriteriet kvalitet var utdypet som følger: *"Effektivt og miljømessig utstyr/maskiner og gjennomføringsevne for oppdragene"*. Et av kravene til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner var *"Relevant effektivt og miljømessig utstyr og gjennomføringsevne"*.
- (3) Innklagede mottok tilbud fra fire tilbydere, herunder JTR Gruppen AS (*klager*) og Loftheim Renovasjon AS (*valgte leverandør*).
- (4) Innklagedes beslutning om å tildele kontrakt til valgte leverandør ble meddelt tilbyderne 25. oktober 2015. Av den vedlagte evalueringsmatrisen fremgikk det at det skilte 3800 kroner mellom valgte leverandørs og klagers tilbud. De inngitte prisene tilsa en årlig kostnad på ca. 320 000 kroner. Begge var gitt full uttelling under tildelingskriteriet *"Kvalitet"*, med følgende begrunnelse:

"Ellers er de øvrige maskinparken av nyere dato og hovedsakelig Euro VI / Euro V. Ut fra det miljømessige aspektet således meget godt egnet. Leverandørene leverer ellers godt

og effektivt utstyr for rørinspeksjon, slamsuging, trykktesting mv. for det relevante oppdraget. Sett i relasjon til oppdragets omfang og kommunens behov som kunde, vurderes øvrige tre tilbydere meget egnet med høyest poeng."

- (5) Beslutningen ble påklaget av klager. Den 23. november 2015 opplyste innklagede at konkurransen ble avlyst, med henvisning til at tildelingskriteriet kvalitet var *"uegnet til å evaluere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet"*, blant annet *"fordi kriteriet i konkurransegrunnlaget også var brukt som kvalifikasjonskrav"*.
- (6) En ny åpen anbudskonkurranse om anskaffelsen ble kunngjort 25. november 2015, med tilbudsfrist 10. desember 2015. Rammeavtalens varighet var endret til 4 år. Estimert verdi var som i den første kunngjøringen. Rammeavtalen skulle denne gangen tildeles tilbudet med lavest pris.
- (7) Innklagede mottok tilbud fra tre tilbydere, herunder klager og valgte leverandør. I tildelingsbrev 11. desember 2015 fremgikk det at klager hadde tilbudt laveste pris, og ville tildeles rammeavtalen. Klagers årlige pris var i underkant av kroner 300 000.
- (8) Valgte leverandør klaget på den nye tildelingen 17. desember 2015, anførte at det var feil å avlyse den første konkurransen, og varslet krav om erstatning. Innklagede opplyste i brev av 7. januar 2016 at en ny vurdering av den første konkurransen hadde vist at det ikke forelå plikt til å avlyse denne, og at innklagede på dette grunnlag ville *"omgjøre avlysningen og gjenoppta den første konkurransen"*. Innklagede varslet samtidig at kontrakt ville bli inngått med valgte leverandør.
- (9) Klager sendte en klage på denne beslutningen 8. januar 2016, og ba om at det skulle settes en karensperiode/klagefrist på ti dager, slik at klagen kunne utdypes og/eller rettslige skritt for å stanse kontraktsinngåelsen kunne iverksettes. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 8. januar 2016, og opplyste klager om dette ved brev av 11. januar.
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. januar 2016.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. april 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede brøt regelverket ved å annullere beslutningen om å tildele klager kontrakten.
- (13) Beslutningen om å avlyse den første konkurransen kunne ikke omgjøres. Innklagede hadde plikt til å avlyse denne konkurransen, som følge av at det var brukt et ulovlig tildelingskriterium. Subsidiært, ettersom innklagede faktisk avlyste den første konkurransen, forelå det ikke saklig grunn til å avlyse den andre konkurransen.
- (14) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør på bakgrunn av et ikke bindende tilbud.
- (15) Innklagede har brutt begrunnelsesplikten ved avslutningen av den andre konkurransen.
- (16) Innklagede har brutt forbudet mot å inngå kontrakt i karensperioden, og med dette også brutt kravet om god forretningsskikk i loven § 5.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Avlysningsbeslutningen kunne omgjøres, og den første konkurransen kunne derfor gjenopptas. Klagenemnda har i tidligere avgjørelser forutsatt at det er mulig å omgjøre en beslutning om avlysning. I sak 2007/153 premiss (28) uttalte nemnda at tilbydere som vil anfekte en avlysning etter forskriftens § 13-1 (1), må ha mulighet for å vise til et fortsatt virksomt tilbud i konkurransen. Saken er også vist til i 2010/17 premiss (25).
- (18) Det forelå ikke plikt til å avlyse den første konkurransen. Tildelingskriteriet "*Kvalitet*" var riktignok ulovlig, men konkurransen kunne ikke fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. Valgte leverandørs tilbud hadde lavest pris, og dersom tildelingskriteriet "*Kvalitet*" var trukket ut av konkurransen, ville resultatet derfor ha blitt det samme. Feilen kan heller ikke ha virket inn på deltagelsen i konkurransen.
- (19) Tilbudet fra valgte leverandør var bindende på tidspunktet for kontraktsinngåelsen, og det foreligger dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers øvrige anførsler bestrides.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransene gjelder en rammeavtale om tømning og spyling mv. av septiktanker og sandfangkummer, som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 16. Anskaffelsens verdi er estimert til 1,5 millioner kroner. 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 2-2.
- (21) Saken gjelder to konkurranser om den samme anskaffelsen. Innklagede avlyste den første konkurransen 23. november 2015, etter først å ha tildelt kontrakt til valgte leverandør. Avlysningen ble begrunnet med at et av tildelingskriteriene var ulovlig. I den etterfølgende konkurransen tildelte innklagede 11. desember 2015 kontrakt til klager. Den 7. januar 2016 opplyste innklagede at den første avlysningsbeslutningen ble omgjort, med den begrunnelse at det ulovlige tildelingskriteriet likevel ikke medførte plikt til å avlyse.
- (22) Det overordnede spørsmålet er om innklagede hadde adgang til å inngå kontrakt med valgte leverandør basert på en konkurranse som tidligere var avlyst. Svaret avhenger av om avlysningen av den andre konkurransen var rettmessig, og om innklagede kunne omgjøre den første avlysningen.

Avlysningen av den første konkurransen

- (23) Innklagede begrunnet avlysningen av den andre konkurransen med at det ikke forelå plikt til å avlyse den første konkurransen. Klagenemnda tar derfor først stilling til om innklagede hadde plikt til å avlyse denne.
- (24) Konkurransen ble avlyst fordi tildelingskriteriet "*Kvalitet*", som var sammenfallende med ett av kvalifikasjonskravene, ble ansett som ulovlig av innklagede. Klagenemnda legger dette til grunn. Innklagede mener imidlertid at det ulovlige tildelingskriteriet ikke hadde betydning for utfallet av konkurransen, fordi valgte leverandør hadde laveste pris, og derfor ville vunnet konkurransen også uten tildelingskriteriet "*Kvalitet*".

- (25) Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om deltakelse i konkurransen og ved utformingen av tilbudene. Det er grunn til å anta at tildelingskriteriet "*Kvalitet*", vektet 30 %, hadde betydning for utformingen av tilbudene – ved at høyere kvalitet ga utslag i høyere priser. Det skilte kun 3800 kroner mellom valgte leverandørs og klagers pristilbud, og de ble vurdert likt ved kvalitetskriteriet. På denne bakgrunn er det en nærliggende faktisk mulighet for at tildelingskriteriet kan ha påvirket konkurransens utfall, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2014/63 premiss 41. Innklagede hadde derfor plikt til å avlyse den første konkurransen.

Avlysningen av den andre konkurransen

- (26) Innklagedes begrunnelse for avlysningen av den andre konkurransen var at det ikke forelå plikt til å avlyse den første konkurransen. Manglende plikt til å avlyse en forutgående konkurranse, kan ikke alene utgjøre en saklig grunn til avlysning etter forskriften § 13-1. Innklagedes vurdering av at det ikke forelå plikt til å avlyse den første konkurransen var i tillegg uriktig, jf. avsnitt (25). Innklagede har dermed brutt forskriften § 13-1 ved å avlyse den andre konkurransen uten saklig grunn.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (27) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør basert på dennes tilbud i den første konkurransen.
- (28) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav q at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i forskriften ikke har kunngjort konkurransen, eller en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen.
- (29) Klager har vist til sak 2008/5, der klagenemnda i premiss (54) uttalte at totalforkastelse av tilbud medfører at tilbudene opphører å være bindende, jf. avtaleloven § 5, og at tilbudene "*ikke [kan] gjøres virksomme igjen ved en omgjøring av beslutningen*". Nemnda viste til at inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristen utløp, altså når det ikke foreligger bindende tilbud, formelt måtte anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Reglene om vedståelsesfrist ble endret med virkning fra 1. juli 2012. Forskriften § 19-6 (3) gir nå oppdragsgiver adgang til å spørre leverandørene om de vil fastholde sine tilbud etter at vedståelsesfristen er løpt ut, såfremt forlengelsen ikke fører til en "*vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud*", og at forespørselen fremsettes "*innen rimelig tid*" etter fristens utløp. Den rettslige klassifiseringen av kontrakter inngått i en situasjon der det i utgangspunktet ikke foreligger bindende tilbud, er altså modifisert, se i denne sammenheng klagenemndas sak 2016/6 premiss (16) flg. Etter nemndas syn kan derfor heller ikke den nevnte uttalelsen i sak 2008/5 innebære at kontraktsinngåelse i en konkurranse som på et tidligere tidspunkt har vært avlyst, uten videre må anses som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (30) I nærværende sak var det ikke i strid med regelverket å avlyse den første konkurransen. Innklagede hadde tvert imot plikt til å avlyse denne, og det var derfor ulovlig å omgjøre avlysningsbeslutningen. Da innklagede avlyste den første konkurransen, og kunngjorde en konkurranse om den samme tjenesten på nytt, ga dette et klart signal om at den første konkurransen var et tilbaketrukket stadium. Den første konkurransen ble avlyst på grunn av et ulovlig tildelingskriterium, og i den andre konkurransen, hvor kriteriet var fjernet, ble

resultatet et annet enn i den første konkurransen. I dette tilfellet kunne ikke kontraktsinngåelsen hjemles i den første kunngjøringen, og innklagedes omgjøring av den første avlysningen, og kontraktsinngåelsen med valgte leverandør, må derfor karakteriseres som en ulovlig direkte anskaffelse.

(31) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav q.

Karensperiode

(32) Klager har også anført at innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1), ved ikke å angi en karensperiode ved omgjøringen av avlysningsbeslutningen. Basert på at kontrakten må anses som en ulovlig direkte anskaffelse, finner ikke nemnda grunn til å konstatere at dette utgjorde et brudd på forskriften. Klagenemnda vil likevel nevne at en omgjøring av en avlysningsbeslutning i alle tilfeller vil kreve en ny tildelingsbeslutning, og at det derfor skal angis en karensperiode, jf. forskriften § 13-3 (1).

Konklusjon:

Hå kommune har brutt forskriften § 13-2, jf. § 13-1, ved å omgjøre beslutningen om å avlyse den første konkurransen.

Hå kommune har brutt forskriften § 13-1 ved å avlyse den andre konkurransen uten saklig grunn.

Hå kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn

Dokumentet er godkjent elektronisk