



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Vedståelse. Avlysning.

Innklagede kunngjorde 10. januar 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av ØNH-uniter (øre nese hals), og tildelte kontrakt etter utløp av vedståelsesfristen. Denne tildelingen ble påklaget og konkurransen ble avlyst. Innklagede omgjorde avlysningsbeslutningen og tildelte kontrakt. Klager anførte at det var i strid med anskaffelsesregelverket å omgjøre avlysningen, og at det dermed var i strid med anskaffelsesregelverket å tildele kontrakt. Klagenemnda kom til at innklagede hadde adgang til å avlyse konkurransen, og at det dermed ikke var adgang til å omgjøre avlysningen.

Klagenemndas avgjørelse 22. februar 2024 i sak 2023/1133

Klager: Ortomedic AS

Innklaget: Oslo universitetssykehus HF

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Hallgrim Fagervold og Hanne Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Oslo universitetssykehus HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. januar 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av ØNH-uniter (øre nese hals). Anskaffelsens verdi var estimert til 3,5 millioner kroner. Tilbudsfrist var 13. februar 2023.
- (2) Om anskaffelsesformål og omfang fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget punkt 1.2:

«Oslo universitetssykehus HF inviterer til konkurranse for anskaffelse av 6stk. ØNH-uniter, undersøkelsesstoler, lege stoler og trådløs hodelamper og 3 stk. hodelamper med fiberoptisk ledning til ØNH Poliklinikk på Rikshospitalet. Uniten skal være tilpasset undersøkelse og behandling av ØNH-pasientene poliklinisk.

Det skal i tillegg tilbys opsjon på ytterligere 3 stk. ØNH uniter, undersøkelsesstol, legestol og trådløs hodelamper som skal tilsvare det som tilbys i hovedtilbudet.»

- (3) Av punkt 1.3 «*Planlagt fremdrift*» fremgikk det at tilbudets vedståelsesfrist var seks måneder etter tilbudsfristens utløp, altså 13. august 2023. Det var lagt opp til at evalueringen av tilbudene skulle ta mellom fire og seks uker. Tildeling skulle etter planen skje i uke 10, som var i begynnelsen av mars 2023. Planlagt tidspunkt for kontraktsignering var uke 12.
- (4) Kontrakt ble tildelt Dico AS (heretter *valgte leverandør*) 23. oktober 2023. I begrunnelsen ble det redegjort for hvorfor evalueringen hadde dratt ut i tid:

«Oppdragsgiver mottok 3 tilbud. Evalueringen av tilbudene ble forsinket grunnet presentasjon og demonstrasjon av alle tre tilbudte løsninger, enten via TEAMS, på

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

sykehuset ved brukers avdeling eller ved befaring av uniten ved andre klinikker. Det ble i tillegg gjennomført utprøving av hodelampene som var med i tilbudene. Utprøvingen ble mer omfattende og tidkrevende enn tidligere antatt, og har pågått helt frem til uken før tildeling, hvor siste hodelampe på utprøving ble hentet. (...)»

- (5) Også forholdet til vedståelsesfristen ble kommentert:

«Siden utprøving og demonstrasjon av tilbudte løsninger, dro anskaffelsesprosessen ut i tid, glemte man å forlenge vedståelsesfristen frem til evalueringen var gjennomført og kontrakten var tildelt. Oppdragsgiver har vært i kontinuerlig dialog med alle tre tilbyderne i forbindelse med utprøvingen av utstyret, også i perioden etter vedståelsesfristen utløp og frem til kontraktstildelingen. Alle de tre tilbyderne har derfor vært holdt orientert om den pågående prosessen. Selv om Oppdragsgiver ikke har innhentet skriftlige bekreftelse om forlengelse av vedståelsesfristen fra tilbyderne er vi av den oppfatning at vedståelsesfristen har blitt forlenget ved konkludent adferd. Ved å fortsette med utprøving etter 13. august selv om vedståelsesfristen var utløpt, har de tre tilbyderne opptrådt på en måte som klart tilsier at de hadde akseptert at vedståelsesfristene var forlenget.»

- (6) Kebomed AS påklaget tildelingen, og viste til at vedståelsesfristen var utløpt.

- (7) Konkurransen ble avlyst 1. november 2023, og følgende informasjon ble publisert til leverandørene i konkurransegjennomføringsverktøyet:

«Avlysning av konkurranse

Beskrivelse:

Grunnet at tildeling i denne konkurransen har skjedd etter utløp av vedståelsesfristen, er vi nødt til å avlyse denne konkurransen.

Ny konkurranse vil bli utlyst så fort som mulig.»

- (8) Valgte leverandør påklaget innklagedes avlysningsbeslutning 1. november 2023. Etter en ny gjennomgang av saken konkluderte innklagede med at det likevel var anledning til å inngå kontrakt selv om vedståelsesfristen var utløpt.

- (9) Den 10. november 2023 publiserte innklagede på ny en melding i konkurransegjennomføringsverktøyet, hvor man informerte om at avlysningen ble omgjort:

«Vedrørende avlysning av konkurranse

Beskrivelse:

Herved informerer vi om at OUS kommer ikke til å avlyse konkurransen. OUS har til hensikt å inngå kontrakt med Dico AS og i denne forbindelsen skal vi kunngjøre en intensjonskunngjøring i Doffin.

- (10) Intensjonskunngjøringen ble publisert samme dag. Det fremgikk at man tenkte å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og tildele kontrakt som en direkte anskaffelse.

- (11) Ortomedic AS (heretter *klager*) påklaget innklagedes omgjøring av avlysningen i klage 5. desember 2023. Kontrakt er ikke signert, og saken er derfor prioritert.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. februar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Omgjøringen av avlysningsbeslutningen er ulovlig. Når oppdragsgiver lovlig har avlyst en konkurranse, kan ikke denne beslutningen omgjøres på fritt skjønnsmessig grunnlag.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Selv om konkurransen må anses som avsluttet på tidspunktet tilbudenes vedståelsesfrist løp ut, så er det likevel adgang til å inngå kontrakt. En kontraktsinngåelse etter at vedståelsesfristen er løpt ut er ikke nødvendigvis å anse som en ulovlig direkte anskaffelse. I denne saken er det ikke slik at kontraktsinngåelse på et senere tidspunkt innebærer en vesentlig endring sammenlignet med det som var kunngjort. Innklagede har derfor anledning til å inngå kontrakt med valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av ØNH-uniter som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 3,5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (16) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede lovlig kunne omgjøre avlysningen av konkurransen.
- (17) Bakgrunnen for avlysningen var at evalueringen av tilbudene tok vesentlig lenger tid enn først antatt, slik at tildeling av kontrakt først skjedde ca. to måneder etter at vedståelsesfristen hadde løpt ut. Innklagede hadde verken før fristen eller innen rimelig tid etter fristen løp ut anmodet leverandørene om å forlenge fristen, jf. § 20-6 (3).
- (18) Det følger av de grunnleggende prinsippene i loven § 4 at oppdragsgiver plikter å slutføre konkurransen innenfor vedståelsesfristen, enten gjennom å tildele kontrakt eller ved å avlyse konkurransen. Dersom det ikke lar seg gjøre å inngå kontrakt innenfor vedståelsesfristen, og fristen er utløpt, må oppdragsgiver derfor enten avlyse konkurransen, eller, innen rimelig tid, be leverandørene om å fastholde tilbudet, jf. § 20-6 (3), se også note 5 til § 20-6 i Karnovs lovkommentar.
- (19) Innklagede har dermed brutt prinsippet om forutberegnelighet ved ikke å slutføre konkurransen innenfor vedståelsesfristen, eller anmode leverandørene om å fastholde tilbudet etter at vedståelsesfristen var utløpt.
- (20) Innklagede avlyste konkurransen 1. november 2023 som en følge av at tildelingen skjedde to måneder etter vedståelsesfristens utløp. Dersom innklagede skal ha adgang til å omgjøre denne avlysningen, er dette betinget av at avlysningen var ugyldig. Det er ikke avgjørende hvorvidt innklagede, i forkant av denne avlysningen, hadde adgang til å be

leverandørene om å fastholde tilbudet eller om vedståelsesfristen var utvidet ved konkludent atferd. Ettersom vedståelsesfristen utløp to måneder før tildeling foreligger det i alle tilfeller en avlysningsadgang. Innklagedes avlysning 1. november 2023 var dermed gyldig.

- (21) Innklagede har imidlertid under henvisning til praksis fra Klagenemnda og uttalelser i NOU 2010:2 *Håndhevelse i offentlige anskaffelser* punkt 13.3.2. anført at man likevel lovlig kan inngå kontrakt med valgte leverandør. Slik klagenemnda forstår det, mener innklagede at når kontrakten lovlig kan inngås, er også omgjøringen av avlysningen lovlig.
- (22) Dersom oppdragsgiver ikke slutfører konkurransen innenfor vedståelsesfristen, fremgår det av forskriften § 20-6 (3) at oppdragsgiver, innen rimelig tid etter fristutløp, kan spørre leverandørene om å fastholde tilbudet. Forutsetningen for at fristen kan forlenges er at dette ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud.
- (23) Forskriften § 20-6 (3) ble tilføyd ved forskriftsendring 1. juli 2012. Bakgrunnen for forskriftsendringen fremgår av NOU 2010:2 *Håndhevelse i offentlige anskaffelser* punkt 13.3.2. I nevnte forarbeid fremgår at dersom oppdragsgiver ikke slutfører konkurransen innenfor vedståelsesfristen, men isteden inngår kontrakt, følger det at dette ikke automatisk skal anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Dette til forskjell fra tidligere rettstilstand, der konkurransen skulle anses som avsluttet når vedståelsesfristen løp ut, med den konsekvens at inngåelse av kontrakt ble ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Endringen ble begrunnet med at det i en rekke tilfeller vil være lite samfunnsøkonomisk lønnsomt å måtte anse konkurransen for avsluttet på grunn av utløpte vedståelsesfrister.
- (24) Forskriftsendringen er i senere tid fulgt opp av Hålogaland lagmannsrett i sak LH-2014-189202, og av klagenemnda i flere saker, se blant annet 2016/97 og 2020/621. Etter gjeldende rett, skal det gjøres en konkret vurdering av om kontraktsinngåelse etter vedståelsesfristens utløp innebærer en vesentlig endring av kontrakten og utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, sml. også § 20-6 (3) tredje punktum. Dette er fulgt opp i klagenemndspraksis, se eksempelvis sak 2021/1046 avsnitt 30 med videre henvisninger.
- (25) I denne saken har innklagede som nevnt ikke slutført konkurransen eller anmodet leverandørene om å utvide vedståelsesfristen i tide. Innklagede avlyste dermed konkurransen, og konkurransen ble slutført omtrent to og en halv måned etter vedståelsesfristens utløp. Saken skiller seg dermed fra den nevnte praksisen og forarbeidsuttalelsene, der temaet var om utløpet av vedståelsesfristen på selvstendig grunnlag medfører at konkurransen må anses avsluttet. En forutsetning for å vurdere hvorvidt det er adgang til å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, er dermed at oppdragsgiver ikke har valgt å avlyse konkurransen, i dette tilfellet som følge av at vedståelsesfristen er utløpt. En lovlig avlysning av konkurransen avslutter konkurransen, og gir et klart signal til tilbyderne, som må forvente at konkurransen lyses ut på nytt. Dersom innklagede lovlig skal inngå kontrakt i denne saken må dette skje med bruk av unntaksbestemmelsene i forskriften § 13-3. Innklagede har ikke anført at forskriften § 13-3 kommer til anvendelse.
- (26) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede ikke lovlig kunne omgjøre avlysningen av konkurransen.

Konklusjon:

Oslo universitetssykehus har brutt loven § 4 ved ikke å slutføre konkurransen innenfor vedståelsesfristen. Oslos universitetssykehus har brutt regelverket ved å omgjøre en lovlig avlysningsbeslutning.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur