



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling fra prekvalifiserte leverandører etter forsyningsforskriften vedrørende leie av oppbevaringsbokser på jernbanestasjoner, og signerte kontrakt etter at vedståelsesfristen var gått ut. Klagenemnda kom til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, men at det ikke var grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr.*

### **Klagenemndas avgjørelse 18. februar i sak 2007/108**

Klager: Auto- Boks-Service AS

Innklaget: Rom Eiendom AS

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Andreas Wahl, og Jakob Wahl.

**Saken gjelder:** Ulovlig direkteanskaffelse, begrunnelse og innsyn.

#### **Bakgrunn:**

- (1) Saken gjelder anskaffelse av tjeneste vedrørende leie av oppbevaringsbokser på jernbanestasjoner. Oppdragsgiver Rom Eiendom AS (heretter kalt innklagede) er et heleid datterselskap av NSB AS som har et gårdeieransvar for alle driftsavhengige bygninger i NSB konsernet. Dette gjelder eiendommer knyttet til godsbefordring, verksteder og selve stasjonene. I anskaffelsesprosessen ble innklagede representert ved Coor Service Management AS (heretter kalt Coor). Formålet med anskaffelsen var å sikre publikum et brukervennlig og konkurransedyktig tilbud om oppbevaring. Leveringsomfanget var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget av 28. februar 2007. Om anvendelig regelverk het det i konkurransegrunnlaget:

*"Anskaffelsen foretas i henhold til lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr 69, del II Anskaffelser over terskelverdiene, etter EØS-regelverkets forsyningsforskrift ved konkurranse med forhandlinger."*

- (2) Tilbud ble innhentet fra prekvalifiserte leverandører i TransQ, som er en felles kvalifikasjonsordning for leverandører til den skandinaviske transportindustri. Ordningen er kunngjort etter forsyningsforskriften som åpner for at tildeling av enkeltoppdrag til prekvalifiserte leverandører kan skje uten særskilt kunngjøring, jf. nå forsyningsforskriften 7. april 2006 nr. 403 § 10-1. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at anskaffelsen skulle gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser 16. juli nr 69, og forsyningsforskriften, jf § 1-3 (1) bokstav c). Konkurransformen var konkurranse med forhandling, jf. forsyningsforskriften § 5-1 og innklagede la til grunn at anskaffelsen var over terskelverdiene for anvendelse av forsyningsforskriftens Del II, jf. forskriftens § 2-3.

- (3) I konkurransegrunnlaget fremgår det følgende om vedståelsesfristen for tilbudene:

*”5.2 Innlevering av tilbud- Vedståelse*

*Tilbud i 3 eksemplarer, samt i elektronisk format (Microsoft kompatibelt), må være innkommet til ROM Eiendom AS, onsdag 24. april 2007 kl. 10.00.*

*[...]*

*Tilbyder er bundet av sitt tilbud 10 uker regnet fra innleveringsfristen, med mindre det er tatt forbehold om kortere frist i tilbudet”*

Vedståelsesfristens utløp var dermed satt til 3. juli 2007.

Auto-Boks-Service AS (heretter kalt klager) leverte inn tilbud i konkurransen innen fristen den 24. april 2007. Et revidert tilbud ble innlevert 6.juni 2007 som følge av at Coor hadde behov for tilleggsopplysninger som krevde presiseringer/endringer. Samme dag ba innklagede om ytterligere opplysninger, og klager kom med dette i e-post av 7. juni 2007.

- (4) Den 22. juni 2007 mottar klager brev fra Coor om tildeling av kontrakt om at valgte leverandør var Smarte Carte EFA AB (heretter kalt valgte leverandør):

*” Vedr. Tilbud - Leie av oppbevaringsbokser*

*Vi viser til forespørsel av 09.03.2007 og mottatt tilbud på leie av oppbevaringsbokser.*

*Til orientering har vi til hensikt å inngå avtale med Smarte Carte EFA AB. Dette tilbudet ble vurdert som det gunstigste og avtale vil bli inngått ca. 01.07.07. Avgjørelsen er basert på følgende evaluering av de oppgitte tildelingskriteriene.*

*a.) Økonomiske betingelser*

*Den valgte tilbyder hadde den nest beste poengsummen, basert på en god fordelingsbrøk, laveste pris på opsjon ved kjøp av bokser, og at de påtok seg flere kostnader på egen regning enn alle de øvrige.*

*b.) Merkantile betingelser*

*Den valgte leverandøren fikk høyest poengsum.. De hadde ingen forbehold til kontraktutkastet, og tilbød eksplisitt bedre betingelser enn kontraktutkastet tok høyde for.*

*c.)Leveransens funksjonalitet og oppfyllelse av spesifikasjoner og formål*

*På dette området var scoren ganske jevn. Den valgte leverandøren hadde den nest beste poengsummen. De fikk noe trekk for ikke å tilby nye bokser på alle stasjoner, men de fikk likevel god score for en generelt bra funksjonalitet, og særlig på nøkkelsystem. Alt i alt så oppfyller de formålet svært bra. De scoret også bra med hensyn til eventuelle fremtidige oppdateringer.*

#### **d.) Gjennomføringsplan**

*Den valgte leverandøren fikk den tredje beste poengsummen. De fikk noe lavere poengsum for at det ikke var så mange menneskelige ressurser tilgjengelig i driftsperioden, men at ressursene hadde erfaring fra drifting av disse boksene ble vurdert som betryggende og derfor positivt.*

*Eventuell klage over beslutningen må være oss i hende innen 29.07. 2007. Vi takker for utvist interesse og nedlagte ressurser i forbindelse med tilbudet.”*

- (5) I brev av 25. juni 2007 spurte klagers advokat om klagefristen var feil, og ba samtidig om nærmere begrunnelse for valg av leverandør, samt kopi av anskaffelsesprotokoll og tilbudet fra den valgte leverandør. Innklagede bevarte denne henvendelsen ved brev av 26. juni 2007 hvor innklagede opplyste om at oppgitte klagefrist skyldtes skrivefeil, og at kontraktsinngåelse med valgt leverandør først ville finne sted 6. juli 2007. Klagefristen ble dermed forlenget til 5. juli.
- (6) Klagers advokat etterspurte deretter igjen, ved brev av 27. juni 2007, en begrunnelse for tildelingen, og ba om innsyn i kopiene av anbudsprotokoll og tilbudet fra valgt leverandør. Innklagede besvarte dette ved brev av 29. juni hvor det fremgikk at anskaffelsesprotokoll og valgte leverandørs tilbud ikke ble utlevert, og hvor evalueringen av tildelingskriteriene ble nærmere kommentert.
- (7) I e-post av 29. juni 2007 fastholdt klagers advokat kravet om innsyn og samtidig anmodet om utsettelse av tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Innklagede nektet ved brev av 2. juli igjen å gi ytterligere begrunnelse, og ville heller ikke utsette kontraktsinngåelse. Det hitsettes fra brevet:

”[...]

#### **2. Begrunnelsene som er gitt og den fastsatte klagefrist**

*Etter vår vurdering er det ved brev av 22. juni 2007 gitt en begrunnelse som tilfredsstillt kravene i forsyningsforskriften §11-4 (1). Videre er det på fredag 29. juli 2007 gitt en utvidet begrunnelse i samsvar med kravene i forsyningsforskriftens § 11-3 (2). Denne begrunnelsen vil under enhver omstendighet dekke kravene i § 11-4 (1).*

*Vi ser således ikke grunnlag for å gi ytterligere begrunnelser i saken, og vil dermed også fastholde klagefristen. Meddelelsen er gitt i rimelig tid før planlagt kontraktsinngåelse.*

#### **3. Krav om dokumentinnsyn**

*I Deres e-post av 29. juli gjentas kravet om ”innsyn i anbudsprotokollen og de øvrige tilbudene”. Så langt det gjelder de øvrige tilbudene fremstår dette som en ytterligere utvidelse i forhold til Deres tidligere brev, der kravet i det minste har vært begrenset til ”tilbudet fra den valgte leverandøren” jf brev av 25. juni 2007.*

*Når det gjelder krav om innsyn i anskaffelsesprotokollen vil vi for det første minne om at anskaffelsen er underlagt forsyningsforskriften, der det ikke er noe vilkår (som i FOA § 3-2) om å føre protokoll. Kravet er bare, jf forsyningsforskriften § 3-1 (7) at vurderinger og dokumentasjon av betydning skal være skriftlig ” slik at tredjeperson*

*eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet". I den grad det er ført slik protokoll er det mao klart at det ikke er noen plikt til å fremlegge denne på det nåværende stadium. Uansett vil selve anskaffelsesprotokollen også bare angi de mer formelle skritt som er tatt i saken, og dokumentet gir således ikke informasjon ut over de begrunnelser som allerede er gitt. Vi fastholder således at dokumentet ikke vil bli utlevert.*

*Avgjørelsen De viser til fra KOFA gjelder en anskaffelse på klassisk sektor, der et følger av FOA § 3-5 at offentlighetsloven gjelder for krav om innsyn i anskaffelsesprotokoll og tilbud. Det samme gjelder som kjent ikke innen forsyningssektoren.*

*Når det gjelder innsyn i alle konkurrentenes tilbud kan vi ikke se hvilken relevans dette kan ha eller hvilken hjemmel De måtte påberope for dette. I den forbindelse understreker vi at forsyningsforskriften ikke engang pålegger oppdragsgiver å gi en klager opplysninger om samtlige tilbud som har kommet inn i en konkurranse; det er bare forholdet til valgte tilbud som skal avklares. Allerede av den grunn må det være klart at det ikke er grunnlag for å kreve utlevering av samtlige tilbud.*

*Når det mer konkret gjelder krav om innsyn i den valgte leverandørens tilbud vil vi fastholde at det heller ikke er grunnlag for dette, jf. brev av 29. juni 2007 fra Coor. Forsyningsforskriften stiller krav til begrunnelse, ikke om fremleggelse av andre tilbud. Kravet må derfor forankres i offentlighetsloven, slik De vel også argumenterer. Som nevnt over gjelder imidlertid ikke offentlighetsloven uten videre for anskaffelser under forsyningsforskriften, og selv om det skulle vært tilfellet foreligger det grunnlag for å unnta konkurrentenes tilbud.*

#### **4. Avslutning**

*På denne bakgrunn fastholdes det at verken anskaffelsesprotokoll eller konkurrentenes tilbud vil bli fremlagt. Deres klient er gitt en tilstrekkelig begrunnelse til å vurdere om det er grunnlag for å klage, og vi minner her spesielt om at tilbudet fra Auto- Boks Service AS var lite gunstig prismessig."*

- (8) Vedståelsesfristen utløp 3. juli 2007.
- (9) I brev av 3. juli 2007 fastholder klager at det er gitt mangelfull begrunnelse, og at det kreves innsyn i anskaffelsesprotokollen.

” [...]

#### **2. Mangelfull begrunnelse - dokumentinnsyn**

*Etter vår vurdering er den begrunnelsen som er gitt, fortsatt ikke tilstrekkelig. Det følger av kravet til etterprøvbarehet i anskaffelseslovens § 5 at ABS skal få tilstrekkelig informasjon og dokumentasjon til å kunne vurdere hvorvidt det er grunnlag for å påklage tildelingen. Med den begrunnelsen som hittil er gitt, er dette ikke mulig.*

*Ut fra den begrunnelsen som er gitt, ser det ut som om det særlig er økonomiske betingelser som har vært avgjørende for valg av leverandør. Det opplyses i begrunnelsen at fordelingsbrøken til ABS var vesentlig dårligere enn vinnerens, samt at kostnaden for kjøp av bokser i henhold til opsjon var vesentlig høyere enn det vinneren tilbød. ABS har gitt et godt tilbud med hensyn til økonomiske betingelser og har vanskelig for å se at øvrige tilbud kan være vesentlig bedre enn det som ABS har tilbudt. Ut i fra de opplysninger som er gitt i begrunnelsen, er imidlertid dette umulig å etterprøve.*

*ABS ber om å få innsyn i valgte leverandørs økonomiske betingelser og da særlig hvilken fordelingsbrøk som er oppgitt, samt pris på opsjon på kjøp av bokser.*

*I brev av 2. juli 2007 anføres det at offentlighetsloven ikke kommer til anvendelse på anskaffelser som er omfattet av forsyningsforskriften og at det derfor ikke er rett til innsyn i anskaffelsesprotokoll eller tilbud. Innsynsretten gjelder uavhengig av offentlighetslovens regler da dette følger direkte av kravet til etterprøvbarehet i anskaffelseslovens § 5. I herværende tilfelle er den eneste måten å innfri kravet til etterprøvbarehet på, å gi innsyn i valgte leverandørers økonomiske betingelser.*

[...]

- (10) Klager sender deretter nytt brev til innklagede av 4. juli 2007 hvor utløpet av vedståelsesfristen blir tatt opp. Fra brevet hitsettes:

*”Etter en gjennomgang av konkurransegrunnlaget er vi blitt oppmerksom på at vedståelsesfristen i konkurranse om oppbevaringsbokser utløp i går 3. juli 2007 kl. 10.00 uten at tilbyderne i konkurransen er blitt bedt om å utvide sin vedståelsesfrist, jfr. konkurransegrunnlagets pkt.5.2 (10 uker fra tilbudsfristen 24. april 2007 kl. 10 00). Dette innebærer at det ikke foreligger noen bindende tilbud lenger og at konkurransen må avsluttes uten at det inngås kontrakt. Det vises i denne sammenheng til en klar KOFA- praksis på området, blant annet sakene 2007/5, 2005/21, 2005/189 og 2005/267.*

*For det tilfellet at noen av tilbyderne skulle ha forlenget sin vedståelsesfrist enten på eget initiativ eller på anmodning fra Coor Service Management, vil ikke dette være tilstrekkelig til at konkurransen kan avsluttes ved at kontrakt inngås. Dette fordi AutoBoks Service AS ikke er anmodet om å forlenge vedståelsesfristen. Det vises i denne sammenheng til KOFA sak 2005/267 hvor det fremgår av premiss 30:*

*Først dersom alle leverandører har fått en oppfordring til å forlenge fristen, kan konkurransen avsluttes i tråd med regelverket. Oppdragsgiverens plikt til å ta initiativ til å få forlenget vedståelsesfristen følger av kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5” (vår understreking)*

*Det vises også til KOFA sak 2005/201 premiss 39:*

*Dersom tilbydernes vedståelsesfrist er i ferd med å løpe ut, må oppdragsgiver innen vedståelsesfristens utløp gi leverandørene en oppfordring til å forlenge sin vedståelsesfrist, jf klagenemdas avgjørelse i sak 2005/267. Bare så lenge leverandørenes tilbud er bindende, kan oppdragsgiver omgjøre sin*

*tildelingsbeslutning. En oppfordring om forlengelse av tilbydernes vedståelsesfrister derfor nødvendig for å sikre likebehandling og reell klageadgang.”*

*Coor Service Management/Rom Eiendom AS er etter dette forpliktet til å avslutte konkurransen uten at kontrakt inngås. For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at en kontraktsinngåelse nå etter klagefristens utløp er en ulovlig direkteanskaffelse som det kan gis overtredelsesgebyr for i henhold til anskaffelseslovens § 7 b.*

*Det bes om en bekreftelse på at konkurransen vil bli avsluttet uten at kontrakt inngås vil bli gitt innen kl. 17.00 i dag. Dersom dette ikke bekreftes vil vår klient vurdere å gå til rettslige skritt for å få stanset kontraktsinngåelsen.”*

- (11) Brevet blir besvart samme dag den 4. juli 2007 av innklagede. Fra brevet hitsettes.  
*” Etter vår vurdering er det helt åpenbart mest i samsvar med anskaffelsesreglene hvis kontrakt nå inngås, på bakgrunn av en korrekt gjennomført og rettferdig tilbudskonkurranse, og uavhengig av den helt irrelevante formalfeilen som måtte ligge i at vedståelsesfristen har utløpt for noen timer siden.*

*Dette gjelder spesielt i en situasjon der Deres klient har fått opplysninger om den valgte leverandørens konkrete priser, som klart vil forrykke konkurransesituasjonen på en urettferdig måte i en eventuell ny konkurranse. Vi er i det hele overrasket over holdningen som her legges for dagen.*

*Vi er selvsagt kjent med den KOFA praksis De refererer, men slik De også vet er bilde ikke så entydig som det gis uttrykk for. Det er også flere avgjørelser som understreker den forpliktelse en oppdragsgiver har til å avslutte en påbegynt konkurranse med kontraktsinngåelse.*

*KOFA sak 2005/201 som De selv siterer, viser videre at oppdragsgiver i en situasjon som den foreliggende bør inngå kontrakt. Det sentrale med denne avgjørelsen er premiss 40, som sier noe om konsekvensene av formalfeilen (det berøres stort sett ikke i de andre avgjørelsene):*

*”I dette tilfellet tok ikke innklagede initiativ til å få tilbydernes vedståelsesfrist forlenget, og innklagede brøt dermed regelverket for offentlige anskaffelser. Imidlertid var det i dette tilfellet ikke grunnlag for omgjøring, og det at tildelingen ble etterfulgt av kontraktsinngåelse, har derfor ikke hatt betydning for de øvrige tilbyderne”*

- (12) Kontrakt ble undertegnet henholdsvis 25 og 27. juli 2007.

- (13) Klage ble inngitt til KOFA ved brev av 23. august 2007.

**Anførsler:**

*Klagers anførsler:*

- (14) Regelverket for offentlige anskaffelser er grovt uaktsomt eller forsettlig overtrådt fra innklagedes side ved at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristens utløp. Minstekonsekvens av dette må være at innklagede ilegges et overtredelsesgebyr etter anskaffelseslovens § 7 b, for å ha foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

- (15) Det er ingen tvil om at det er inngått kontrakt først etter den fastsatte vedståelsesfristen, og dessuten klagefristen, var utløpt, og dette er også erkjent av motparten. Det kan heller ikke være tvilsomt at det bare er så lenge leverandørens tilbud er bindende at oppdragsgiver kan omgjøre sin tildelingsbeslutning, for eksempel som følge av klage. En kontraktsinngåelse etter at vedståelsesfristen er utløpt, vil dermed innebære at alle andre tilbydere blir satt fullstendig på sidelinjen, og i realiteten ikke kan gjøre noen innsigelser gjeldende. Det foreligger på det tidspunktet ingen bindende tilbud, og man kommer utenfor selve konkurransesituasjonen. Dersom kontrakt ikke inngås innenfor den fastsatte vedståelsesfrist må dermed tilbyderne få mulighet til å få forlenget sin frist, ellers står man som en direkte konsekvens overfor en anskaffelse som ikke lenger er basert på de konkurransemessige prinsipper, men tvert imot er en ulovlig direkteanskaffelse.
- (16) Dette er helt grunnleggende og avgjørende prinsipper for en forsvarlig gjennomføring av konkurranseprosessen, og de følger av de grunnleggende kravene til oppdragsgiver og til anskaffelsesprosessen som er oppstilt i anskaffelsesloven § 5. Hvorvidt anskaffelsen følger forsyningsforskriften eller anskaffelsesforskriften blir da uten betydning; de grunnleggende prinsippene er de samme, og lovens regler gjelder i alle tilfeller. Det vises i denne forbindelse til KOFA-sak 2005/267 premiss 30 og 2005/201 premiss 39, og det som er sagt rundt disse i vårt brev av 4. juli 2007.
- (17) Når det gjelder det som er hevdet fra motpartens side rundt betydningen av regelbruddet kan dette av flere årsaker ikke føre fram. Man har for det første her et tydelig regelverk å forholde seg til, og det foreligger et klart brudd både på disse helt grunnleggende kontrakts- og konkurranserettslige prinsippene, noe som ikke kan gå upåaktet hen. Heller ikke kan man ut fra avgjørelsen i KOFA-sak 2005/201 premiss 40, hvor det går fram at omgjøring av kontrakttildelingen uansett ikke var aktuelt i saken, trekke den automatiske slutning at det samme gjør seg gjeldende i herværende sak. Det heter i premisset at det var *“i dette tilfellet ikke grunnlag for omgjøring...”*, noe som viser at dette var en ytterst konkret vurdering. Om det samme gjør seg gjeldende i vår sak må dermed også vurderes konkret, på bakgrunn av saksdokumentene. Klager er uenig med innklagede om de materielle betydningen av feilen i denne konkrete saken. Det bemerkes at dette har kun betydning for en eventuell erstatningsutmåling, og ikke for spørsmålet om ileggelse av overtredelsesgebyr.
- (18) I forhold til det anførte er det etter vårt syn et sentralt og prinsipielt poeng at det fra KOFA side er fastslått at det å unnlate å ta initiativ til å få vedståelsesfristen forlenget innebærer et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser dersom vedståelsesfristen utløper før kontrakt blir inngått, og man likevel inngår kontrakt. Selv om det ikke nødvendigvis vil foreligge et erstatningsansvar i alle tilfeller hvor kontrakt inngås etter vedståelsesfristens utløp, bør KOFA etter vår oppfatning i slike saker ilegge overtredelsesgebyr.
- (19) Det er viktig å vise at dette er en uakseptabel fremgangsmåte som i det konkrete tilfelle kan frata tilbyderne en reell klageadgang. Dette fordi oppdragsgiver blir tvunget til å gjennomføre en ny konkurranse dersom klagen tas til følge. Det er da en stor risiko for at oppdragsgiver ikke vil foreta en ny forsvarlig vurdering av tildelingen, men opprettholde det valget som er foretatt før vedståelsesfristens utløp.

- (20) Videre kan det i dette tilfellet vises til den prosessen og diskusjonen som pågikk gjennom hele konkurranseperioden, der man stadig ble nektet innsyn i dokumenter, og krav om grundigere begrunnelse for valget av leverandør hele veien ble totalt avvist fra oppdragsgivers side. ABS valgte ikke å inngi ytterligere klage fordi man ikke hadde fått tilstrekkelig begrunnelse og informasjon om valg av tilbyder, noe som gjorde det umulig for ABS å etterprøve om tildelingen er riktig. Det er derfor ut fra den foreliggende saksbehandlingen ikke godtgjort at rett tilbyder har fått kontrakten.
- (21) Det er dermed heller ikke grunnlag for å hevde at regelbruddet ikke har hatt betydning for valg av tilbyder.
- (22) Størrelsen av gebyret må vurderes skjønnsmessig av KOFA.

*Innklagedes anførsler:*

- (23) Innklagede oppfatter klager slik at man mener at det ikke er godtgjort at riktig tilbyder har fått kontrakten, og det hevdes at det angivelige regelbruddet derfor kan ha hatt betydning for klager.
- (24) Tildelingsbeslutningen ble truffet før vedståelsesfristens utløp, mens selve kontraktsinngåelsen fant sted rett etter denne dato. Bakgrunnen for dette var at man utsatte klagefristen og tidspunktet for kontraktsinngåelsen for å sikre at leverandørene fikk en tilstrekkelig begrunnelse, og nok tid til å vurdere denne. Innklagede glemte samtidig å forlenge vedståelsesfristen uttrykkelig. Innklagede erkjenner derfor at det ble begått en feil. Ingen av klagen ledet til noe nytt syn på tildelingen, og leverandørene slo seg til ro med begrunnelsene, med unntak av klager, som anførte at konkurransen måtte avlyses da vedståelsesfristen var utløpt med én dag.
- (25) Etter vår vurdering ville det vært i strid med den valgte leverandørens rettigheter om konkurransen på dette tidspunkt hadde blitt avlyst, og en slik løsning ville også vært i strid med anskaffelsesrettens underliggende formål og de grunnleggende prinsipper.
- (26) Det foreligger ingen ulovlig direkteanskaffelse, men en kontraktsinngåelse i samsvar med anskaffelsesreglene. Vi viser i den forbindelse til KOFA sak 2005/201 hvor vedståelsesfristen hadde utløpt etter at meddelelse om kontraktstildeling var sendt ut, men før klagefristen og før kontraktsinngåelse. Klagenemnda kom her til at regelverket var brutt, men at det ikke var grunnlag for omgjøring og det at tildelingen ble etterfulgt av kontraktinngåelse har ikke hatt betydning for de øvrige tilbyderne. Klager fikk dermed ikke medhold i at oppdragsgiverens skulle ha gjennomført ny konkurranse. Bakgrunnen for dette er at selve kontraktstildelingen skaper visse rettslige forpliktelser i forholdet mellom valgte tilbyder og oppdragsgiveren. Vedståelsesfristen må anses implisitt forlenget i forhold til valgte leverandør. Tilbudet er valgt med det forbehold at det ikke viser seg å være feil i tildelingsbeslutningen.
- (27) At kontrakten ble undertegnet etter vedståelsesfristens utløp, har ikke hatt betydning for de andre tilbyderne fordi det ikke er grunnlag for omgjøring av tildelingsbeslutningen. Det er da i samsvar med kravene til likebehandling og

forutberegnelighet at kontrakt inngås med konkurransens vinner. Dersom innklagede skulle ha gjennomført ny konkurranse ville dette ha vært en klart dårligere løsning i forhold til kravene til likebehandling og forutberegnelighet. I forbindelse med korrespondansen mellom innklagede og klager, fikk klager informasjon om den valgte leverandørens priser. Dette gjør at konkurransesituasjonen i en eventuell konkurranse ville blitt klart forrykket.

- (28) Det foreligger således ikke en direkte anskaffelse, men i høyden et formalbrudd mot øvrige tilbydere. I den påfølgende rettssaken om KOFA sak 2005/201 kom Oslo tingrett til samme konklusjon. Det foreligger ikke saklig grunnlag for å avlyse konkurransen. Det å innstille konkurransen ved ikke å undertegne kontrakt, ville ha vært en klart dårligere løsning i forhold til kravene til likebehandling og forutberegnelighet. I forbindelse med korrespondansen mellom innklagede og klager fikk klager informasjon om den valgte leverandørens priser. Dette gjør at konkurransesituasjonen i en eventuell ny konkurranse ville ha blitt klart forrykket.
- (29) I denne saken er anskaffelsen kunngjort i henhold til regelverket. Det foreligger heller ikke av andre grunner en ulovlig direkteanskaffelse, da tildelingen har funnet sted før utløpet av vedståelsesfristen. Dette er lovlig kontraktstildeling i samsvar med anskaffelsesreglene.
- (30) Hvis KOFA mot formodning skulle komme til at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, anføres at vilkårene for å anvende bestemmelsen ikke er oppfylt. Situasjonen kan ikke på noen måte sammenlignes med de grove regelbrudd som er beskrevet her. Dette tilsier også under enhver omstendighet at KOFA ikke anvender bestemmelsen, jf at det er en "kan" skjønn.
- (31) Klager hevder å ikke ha fått begrunnelse og dokumentinnsyn i samsvar med regleverkets krav. Dette er innklagede ikke enig i. Det vises til tildelingsbrev av 22. juni 2007, og brev av 29. juni 2007 til klagers advokat. Begrunnelsen er tilstrekkelig til at klager kan etterprøve at utvelgelsen av deltakere er gjort i henhold til regelverket. Realiteten er at klager hadde inngitt et klart svakere tilbud enn valgte leverandør, sett i forhold til de angitte tildelingskriterier.

#### **Klagenemndas vurdering:**

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

#### *Gjeldende regelverk*

- (32) Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser av 1999 nr 69, og forsyningsforskriften av 7. april 2006 nr. 403. Innklagede er ikke offentlig myndighet etter forskriftens § 1-2 (2), jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (4), men er et offentlig foretak etter forsyningsforskriftens § 4-1 bokstav c, jf § 1-2 (1). Oppdraget omfattes av forsyningsforskriftens § 1-3 (1) bokstav c, og anskaffelsen er etter det opplyste over terskelverdiene, jf. forskriftens § 2-3. Det gjelder en støtte- og hjelpetjeneste i forbindelse med jernbanetransport og tjenesten er dermed etter forskriften en uprioritert tjeneste etter forskriftens Vedlegg 3 (20). Ved dette skulle bare loven og forskriftens §§ 7-8 og 8-6 være anvendelig, jfr forskriftens § 2-1 (3). Innklagede har imidlertid varslet – og har adgang til å varsle – konkurransen som en tildeling av oppdrag over terskelverdiene etter forskriftens Del

II og har ved dette bundet seg til både Del I og Del II, jf kravet til forutberegnelighet etter lovens § 5. Anskaffelsen følger dermed loven og forskriftens del I og II, jf. lovens § 1 første ledd, forskriftens § 2-1 (1) og opplysningene i konkurransegrunnlaget.

#### *Ulovlig direkteanskaffelse*

- (33) Problemstillingen i denne saken er om det faktum at innklagede signerte kontrakt etter at vedståelsesfristen for tilbudene var gått ut innebærer at innklagede har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse, som eventuelt kan møtes med overtredelsesgebyr etter lovens § 7b. Klagenemnda behandler først spørsmålet om innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å inngå kontrakt etter at vedståelsesfristen var gått ut.
- (34) Det er på det rene at klager tildelte kontrakt mens tilbudene ennå var bindende, men at endelig kontrakt ble signert 25. og 27. juli 2007 etter at vedståelsesfristen var gått ut 3. juli 2007.
- (35) Hva som utgjør en "ulovlig direkteanskaffelse" er i lovens § 7 b definert som en "anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold i loven". I Ot. prp nr 62 til lov om endringer lov av 16. juli 1999 nr 69 fremgår det følgende om hva som nærmere kan være en direkte anskaffelse:
- "Det typiske eksempelet på en ulovlig direkte anskaffelse er når oppdragsgiver splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under den nasjonale terskelverdien. Et annet eksempel er når oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket. Det vil også være en ulovlig direkteanskaffelse når oppdragsgiver benytter seg av rammeavtaler som andre oppdragsgivere lovlig har inngått, uten at kontrakten eller kunngjøringen lovlig rommer muligheten for at andre virksomheter enn de kontrakten er inngått med, kan gjøre bestillinger fra den."*
- (36) En kontrakt som er inngått etter at vedståelsesfristen er utløpt, som i det foreliggende tilfelle, er ikke nevnt som et eksempel på en ulovlig direkteanskaffelse i proposisjonen. Hvorvidt det foreliggende tilfellet er en ulovlig direkteanskaffelse, må derfor avgjøres på bakgrunn av avtalerettslige prinsipper hvor hovedregelen er at et tilbud kun er bindende i den perioden tilbyder vedstår seg tilbudet.
- (37) En naturlig konsekvens av dette er at dersom en oppdragsgiver inngår kontrakt med en tilbyder etter at tilbudet formelt sett er utgått, så blir kontrakt inngått med et tilbud som ikke lenger kan anses som gyldig i konkurransen. Klagenemnda har i tidligere saker, blant annet sak 2006/41, slått fast at en konkurranse er avsluttet når oppdragsgiver ved utløpet av vedståelsesfristen står igjen uten bindende tilbud, da det er i strid med kravene til forutberegnelighet og konkurranse i anskaffelsesloven § 5 å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, jf forskriften § 14-2. FAD Veileder pkt 9.7 (s 130) forutsetter generelt at oppdragsgiver har plikt til å inngå kontrakt mens tilbyderne ennå vedstår seg sine tilbud.
- (38) Klagenemnda uttalte i sak 2006/125:

*”Når oppdragsgiver står uten bindende tilbud i konkurransen, må konkurransen anses avsluttet. Dette har klagenemnda lagt til grunn i flere avgjørelser, jf blant annet sakene 2004/48, 2006/41 og 2006/69. I disse sakene fant nemnda at oppdragsgiver hadde brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 ved å tildele kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Videre uttalte klagenemnda i saken 2006/41 og 2006/69, samt sak 2005/296, at regelverket var brutt ved at konkurransen ikke var sluttført innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved at oppdragsgiver ikke hadde oppfordret tilbyderne til å forlengefristen innen dette tidspunkt.*

*[...]*

*På bakgrunn av ovennevnte finner klagenemnda at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Dette er i realiteten er ulovlig direkte anskaffelse.”*

- (39) Innklagede har anført at klagenemndas avgjørelser ikke kan tolkes slik at det i tilfeller som det foreliggende foreligger en direkteanskaffelse. Det vises til klagenemndas sak 2005/201 hvor klagenemnda uttalte følgende: *”Imidlertid var det i dette tilfellet ikke grunnlag for omgjøring, og det at tildelingen ble etterfulgt av kontraktsinngåelse, har derfor ikke hatt betydning for de øvrige tilbyderne”*. Klagenemnda konkluderte i denne saken med at oppdragsgiverne hadde brutt regelverket ved ikke å oppfordre tilbyderne til å forlenge sin vedståelsesfrist, men sier ikke direkte at det foreligger en direkteanskaffelse. Saken kan ikke tolkes dit hen at det avgjørende for om det foreligger en direkteanskaffelse er om det foreligger omgjøringsadgang eller ikke. Hvorvidt det faktisk forelå en omgjøringsadgang, har som klager anfører, kun betydning for en eventuell erstatningsutmåling, ikke for hvorvidt det foreligger en direkteanskaffelse. Det er også erstatningsspørsmålet som er behandlet i Oslo tingretts dom av 7. juli 2006, og dommen kan ikke tolkes som en støtte for innklagedes anførsel på dette punkt
- (40) Når oppdragsgiver ser at konkurransen ikke kan avsluttes innen vedståelsesfristens utløp, må det treffes tiltak for innhente tilsagn om forlengelse av fristen fra tilbyderne i konkurransen. Kan dette ikke oppnås, foreligger saklig grunn til å avlyse konkurransen. Men det vil utgjøre et brudd på regelverket å la fristen gå ut uten å foreta seg noen av delene, jfr nemndas sak 2007/153 premiss (26).
- (41) Innklagede har videre anført at det i overensstemmelse med tradisjonell avtalerett i utgangspunktet foreligger en bindende avtale allerede ved oppdragsgivers aksept av tilbudet, dvs. tildeling 22. juni 2007, og dermed før vedståelsesfristen løp ut. Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 (1) og 22-3 fremgår det at *”Med kontrakt inngås menes tidspunktet for signering av kontrakt eller rammeavtale av begge parter”*. Bestemmelsen er begrunnet i leverandørens rett til å kreve en beslutning om tildeling satt til side etter anskaffelseslovens § 8 før bindende avtale blir inngått, og innebærer at oppdragsgiver ved tildelingsbeslutningen ikke har forpliktet seg kontraktsrettslig ovenfor den valgte leverandøren. Det er riktig, slik innklagede hevder, at det ikke finnes en tilsvarende bestemmelse i forsyningsforskriften § 11-4. Kravet til karenstid etter tildeling men før bindende avtale som stenger for omgjøring ble knesatt på prinsipielt grunnlag av EF-domstolen i ”Alcatel”-dommen C-81/98, og må gjelde både for offentlige anskaffelser og anskaffelser på EØS-nivå etter forsyningsforskriften. Forsyningsforskriften må tolkes i samsvar med dette.

Klagenemnda legger derfor til grunn at endelig kontrakt i denne saken ikke ble inngått før kontrakten ble signert og på dette tidspunkt var fristen utløpt.

- (42) Håndhevelse av regelverket forutsetter at leverandører som vil anfekke en tildeling har reell mulighet til å komme i betraktning. Hvis klagen først kan fremmes etter utløpet av vedståelsesfristen, mister klageren muligheten til å komme i posisjon for kontrakten. Dersom det i forsyningsforskriften ikke skulle gjelde en periode mellom kontraktstildeling og tidspunkt for endelig inngåelse av kontrakt, vil muligheten til å ilegge mulkt etter lovens § 8 annet ledd ha liten praktisk betydning. Videre er det i forsyningsforskriftens § 11-4 *Karenstid før inngåelse av kontrakt* forutsatt at tilbyderne skal ha en frist til å klage over beslutningen fra tidspunkt for tildeling av kontrakt.
- (43) Normalt vil utløp av vedståelsesfristen for foreliggende tilbud bety at konkurransen må kunngjøres på nytt, jf. forsyningsforskriftens § 8-2. I dette tilfellet er kvalifikasjonsordningen kunngjort etter § 8-4 og det gjelder etter § 10-1 ikke noe krav til kunngjøring av enkeltoppdrag under ordningen. Tildeling skal skje *"i samsvar med objektive kriterier og regler som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører"*. Den eneste mulige virkning av at vedståelsesfristen utløper blir derfor at oppdragsgiver har avskåret seg fra å foreta en ny vurdering av tildeling til samme eller annen kvalifisert leverandør etter § 10-1. Formelt kan avtaleinngåelse til leverandør som ikke er bundet av sitt tilbud betegnes som en direkteanskaffelse, men innvendinger basert på at det bør holdes ny konkurranse om oppdraget er mindre tungtveiende enn når det gjelder krav til ny kunngjøring. Men på den annen side: Når fristen ikke er søkt forlenget, ville eventuelle leverandører med klageinteresse ikke kunne påregne en reell omgjøring av tildelingen, slik forskriften forutsetter. Nemnda legger etter dette til grunn at innklagede har foretatt en direkteanskaffelse ved å tildele kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.
- (44) Innklagede har ikke bestridt at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristens utløp, og erkjenner at forpliktelsen til å forlenge fristen overfor alle tilbyderne ikke er overholdt i denne saken. Innklagede har dermed brutt kravene til likebehandling i lovens § 5 ved å tildele kontrakt uten å sørge for forlenget frist.

#### *Overtredelsesgebyr*

- (45) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkteanskaffelse. En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven.
- (46) Ved avgjørelse av om gebyr skal ilegges, og ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkteanskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.
- (47) Bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. Manglende kunngjøring av anskaffelser fører til at det ikke blir konkurranse om oppdragene, og dermed mindre kostnadseffektive innkjøp. I dette tilfellet var kvalifikasjonsordningen kunngjort i overensstemmelse med

reglene for dette i forsyningsforskriften. Alle aktuelle leverandører oppført i TransQ systemet har derfor allerede hatt anledning til å inngi sine tilbud. Hensynet til konkurranse er dermed ivaretatt. Virkningen av at vedståelsesfristen utløp begrenser seg til at innklagede skulle gjort en ny vurdering etter allerede fastsatte tildelingskriterier overfor dem som allerede hadde deltatt i konkurransen, mest trolig uten andre eller nye momenter for tildelingen. At innklagede ikke gjennomfører ny konkurranse vil dermed ha liten - om noen betydning overhodet - i forhold til de hensyn som ligger til grunn for kravet om kunngjøring og konkurranse.

- (48) Klagenemnda er etter lovens § 7b (1) kommet til at gebyr ikke skal ilegges og tar derfor ikke stilling til spørsmålet om skyld.

*Begrunnelse og dokumentinnsyn*

- (49) Klagenemnda oppfatter klager slik at det på selvstendig grunnlag anføres at det ikke er gitt tilstrekkelig begrunnelse for tildelingen, og at det må gis innsyn i valgte leverandørs tilbud.
- (50) Etter forsyningsforskriftens § 11-3 skal oppdragsgiver snarest mulig gi en kort begrunnelse ved inngåelse av kontrakt. Begrunnelsen skal gis ved kontraktstildelingen. Selv om det uttrykkelig fremgår at begrunnelsen skal være "kort", legger klagenemnda til grunn at den må være tilstrekkelig med hensyn til å vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med angitte tildelingskriterier. Begrunnelse for tildelingen ble først gitt ved brev av 22. juni 2007 I brevet ble evalueringen av alle de angitte tildelingskriteriene beskrevet, og klagenemnda legger til grunn at dette er i samsvar med forskriftens krav til begrunnelse.
- (51) Etter forskriftens § 11-3 (2) c skal en etterfølgende begrunnelse inneholde opplysninger om de relative fordelene ved det valgte tilbudet, inkludert navnet på den valgte tilbyder. Klagenemnda finner at den begrunnelse som ble gitt i brev av 29. juni 2007 tilfredsstiller forskriftens krav.
- (52) Klager hevder at det er i strid med kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 at det ikke blir gitt innsyn i valgte leverandørs økonomiske betingelser; herunder fordelingsbrøk og pris på opsjon for kjøp av bokser. Klagenemnda behøver ikke ta opp spørsmålet om innklagede er omfattet av offentlighetsloven idet nemnda finner at dokumentet uansett vil være unntatt for innsyn fordi det inneholder forretningshemmeligheter (pris og fordelingsbrøk), jf. forskriftens § 3-2.

**Konklusjon:**

Rom Eiendom AS har brutt kravene til likebehandling i lovens § 5 ved å ved å la vedståelsesfristen utløpe uten tildeling, beslutning om avlysning eller innhenting av tilsagn om fristforlengelse.

Rom Eiendom AS har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å inngå kontrakt etter at vedståelsesfristen for tilbudene var løpt ut.

Klagers øvrige anførsler er ikke tatt til følge.

For klagenemnda,  
18. februar 2008  
*Kai Krüger*  
Kai Krüger