



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager påsto at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, hvilket det også ble gitt medhold i, men overtredelsesgebyr ble ikke ilagt på grunn av sakens spesielle karakter. Det ble i tillegg konstatert brudd på kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 5 ved at ikke klager også fikk forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen.

Klagenemndas avgjørelse 14. juli 2008 i sak 2008/32

Klager: Nordland Taxi AS

Innklaget: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og krav om ileggelse av overtredelsesgebyr. Spørsmål om forlengelse av vedståelsesfristen.

Bakgrunn:

- (1) Den 2. mai 2007 kunngjorde Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) tre åpne anbudskonkurranser for inngåelse av rammeavtaler om pasienttransport. Rammeavtalene skulle gjelde en rekke nærmere definerte tilbudsområder, deriblant områdene Sørfold, Fauske, Gildeskål, Meløy, Bodø, Hamarøy/Tysfjord Vest og Beiarn, som denne klagen refererer seg til.
- (2) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede blant annet tilbud fra Nordland Taxi AS (heretter kalt klager).
- (3) I brev av 25. juni 2007 meddelte innklagede at *"konkurransen for samtlige tilbudsområder avlyses med øyeblikkelig virkning og samtlige tilbud forkastes på grunnlag av manglende konkurranse."*
- (4) I brev av 28. juni 2007 inviterte innklagede alle løyvehavere i Nordland fylke til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for inngivelse av tilbud på samtlige tilbudsområder. Innen tilbudsfristens utløp for denne konkurransen mottok innklagede blant annet tilbud fra klager og Bodø Sightseeing AS.
- (5) I brev av 2. oktober 2007 meddelte innklagede at konkurransen med forhandling var avsluttet, hva gjaldt de tilbudsområdene denne saken omhandler. Fra brevet til klager vedrørende dette hitsettes følgende:

"Etter kvalifiseringen av leverandørene foreligger det kun ett eller ingen tilbud for hvert av tilbudsområdene i Nordland fylke.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

I områder hvor det foreligger bare ett tilbud, har oppdragsgiver ikke mulighet til å foreta en sammenligning av tilbudene, og det foreligger derfor ingen reell konkurranse.

Konkurransen for samtlige tilbudsområder avlyses med øyeblikkelig virkning, og samtlige tilbud forkastes på grunnlag av manglende konkurranse jf FOA § 22-1.

I henhold til FOA § 14-4 bokstav b, vil Helse Nord RHF ta initiativ til å gjenåpne konkurransen for nye forhandlinger grunnet mangel på konkurranse. Interesserte leverandører og eventuelt nye leverandører vil bli invitert til å delta i forhandlingene.

Nordland Taxi AS inviteres herved til å delta i forhandlinger vedrørende samtlige tilbudsområder i Nordland fylke. Nærmere informasjon om tid og sted vil bli avtalt med leverandøren."

- (6) I e-post av 11. oktober 2007 ble klager og Bodø Sightseeing AS invitert til hvert sitt forhandlingsmøte i den nye konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring. Forhandlingsmøtet med Bodø Sightseeing AS ble avholdt 23. oktober 2007, mens forhandlingsmøtet med klager ble avholdt 24. oktober 2007. Det ble så satt en frist til 7. november 2007 med å inngi tilbud i den nye konkurransen. Etter mottak av tilbudene fikk tilbyderne anledning til å inngi et revidert tilbud den 17. desember 2007.

- (7) I klagers reviderte tilbud av 17. desember 2007 fremgikk det blant annet følgende:

"I det vi anser konkurransen med vedståelsesfrist den 16. desember 2007 for avsluttet, vil vårt opprinnelige tilbud av 7. juni 2007 være vårt endelige pristilbud. Dette tilbudet var gitt uten forbehold av noen art.

Dersom ny konkurranse med innleveringsfrist i dag, 17. desember 2007, videreføres i tråd med retningslinjene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser, slik at reelle forhandlinger gjennomføres før vedståelsesfristen 17. januar 2008, og at det åpnes for å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, blir vårt endelige pristilbud med ett unntak (pris pr løpende kilometer for de konkret angitt tilbudsområder) tilsvarende vårt tilbud av 15. november 2007."

- (8) I brev av 11. januar 2008 ble klagers tilbud avvist. Det ble gitt følgende begrunnelse:

"Forutsetning for at tilbudet av 7. juni 2007 skal være gjeldende er at vedståelsesfristen er utgått, noe den ikke er, jf pkt 3 ovenfor. Nordland Taxi AS sin forutsetning medfører at oppdragsgiver ikke kan ta stilling til tilbudet av 7. juni 2007.

[...]

For at tilbudet av 15. november 2007 inkl unntaket skal være gjeldende, forutsetter Nordland Taxi AS at forhandlingene videreføres etter 17. desember 2007. Oppdragsgiver har klart og entydig i brev av 9. desember 2007 klargjort overfor samtlige leverandører at 17. desember 2007 kl. 10.00 er absolutt siste mulighet for inngivelse av et siste revidert pristilbud basert på de forhandlingene som har vært gjennomført. Nordland Taxi AS sin forutsetning om forhandlinger for at pristilbudet av 15. november 2007 inkl unntaket skal være gjeldende medfører at oppdragsgiver ikke kan ta stilling til tilbudet.

Nordland Taxi AS sine forutsetninger for at tilbudene skal være gjeldende medfører at oppdragsgiver ikke har noe tilbud for Nordland Taxi AS å legge til grunn i tilbudsevalueringen. Nordland Taxi AS sine tilbud avvises derfor i samtlige tilbudsområder, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 (1) f.”

- (9) I e-post av 14. januar 2008 ble Bodø Sightseeing AS anmodet om å forlenge selskapets vedståelsesfrist til og med 7. februar 2008. Dette aksepterte selskapet i e-post av 15. januar 2008. Klager ble ikke gitt noen tilsvarende oppfordring om å forlenge fristen.
- (10) Den 21. januar 2008 påklagde Nordland Taxi AS avvisningen av selskapets tilbud.
- (11) Saken ble så brakt inn for klagenemnda i brev av 31. januar 2008.
- (12) I brev av 1. februar 2008 tok innklagede klagen på avvisningen av klagers tilbud til følge, men uttalte samtidig at klagers tilbud ble forkastet som for dyrt. Fra dette brevet hitsettes følgende:

”Oppdragsgiver vil først og fremst bemerke at leverandør har plikt til å formulere seg på en klar og tydelig måte slik at oppdragsgiver kan ta stilling til tilbudene uten å måtte ta kontakt med leverandør for avklaring. Selve forhandlingsprosessen har vi gjort rede for tidligere.

Når det gjelder klagen av 21. januar 2008 har Nordland Taxi AS presisert hva som var deres meningsinnhold. Oppdragsgiver legger til grunn at Nordland Taxi AS i tilbudet av 17. desember 2007 har ment å beskrive egne forutsetninger og forståelse av regelverket, og at dette medførte at oppdragsgiver ikke hadde mulighet for å lese av tilbudet hva en egentlig mente. Oppdragsgiver mener dette skyldes leverandørens egne formuleringer, men synes samlet sett at det er grunn til å ta klagen til følge.

At klagen tas til følge medfører ingen endring i oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt.

Tilbudet av 7. juni 2007 var i områdene med konkurrerende tilbud vesentlig høyere enn konkurrentens tilbud. I samtlige områder som Nordland Taxi AS har inngitt pristilbud er tilbudet vesentlig høyere enn budsjettgrensene hos helseforetakene, et budsjett som er basert på konkrete erfaringstall hos foretakene. I prosent utgjør differansen mellom budsjett og tilbud ca 75 % og i enkelte områder 110 %. Tilbudet av 7. juni 2007 forkastes derfor i hvert enkelt av følgende områder; Hadsel, Sortland, Bø, Øksnes, Andøy, Vågan, Vestvågøy, Moskenes, Hamarøy/ Tysfjord – vest, Sørfold, Fauske, Beiarn, Bodø, Meløy, Narvik, Tysfjord- øst, Lødingen, Tjeldsund, Evenes, Ballangen, Bindal, Sømna, Brønnøy, Nesna, Rødøy, Grane, Vefsn, Hemnes og Rana.”

- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 4. februar 2008.
- (14) Klager påklagde vedtaket om å forkaste selskapets tilbud i brev av 14. februar 2008. Det ble gitt følgende begrunnelse for klagen:

"Når prisen i tilbudene, slik som i dette tilfellet, evalueres i relasjon til kvalifikasjonskriteriene kan denne, dersom den er betydelig over budsjett, gi grunnlag for å forkaste tilbudet, kravspesifikasjonen tatt i betraktning.

I vedtaket og begrunnelsen dere gir for Deres evaluering er det åpenbart ikke tatt i betraktning at kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget tilsier en vesentlig høyere pris enn hva de konkrete erfaringstall hos foretakene skulle tilsi.

Våre pristilbud av 7. juni 2007 er tidligere i anskaffelsesprosessen evaluert i relasjon til kvalifikasjonskriteriene og i gjentatte evalueringer vurdert av dere som kvalifiserte. Det er etter vår oppfatning i strid med de grunnleggende krav om forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5, å forkaste et tilbud som tidligere er vurdert som kvalifisert."

(15) Den 21. februar 2008 sendte klager i tillegg følgende brev til innklagede:

ANMODNING OM SVAR TIL ANBUDSKONKURRANSEN PÅ PASIENT-TRANSPORT I NORDLAND

Vi viser til våre konstruktive møter den 15., 18. og 19. dm, hvor vi i første møte ba om å få opplyst fra Helse Nord hvorvidt vi hadde deltatt i samme konkurranse og konkurrert på like vilkår som den valgte leverandør for områdene Hamarøy/Tysfjord vest, Sørfold, Fauske, Bodø, Beiarn og Meløy.

I første møte, fredag den 15. februar opplyste dere at dere ikke visste og at dere skulle undersøke dette til møtet påfølgende mandag. Påfølgende mandag, den 18. februar, opplyste dere at dere hadde glemt å undersøke saken og at dere skulle få deres jurist til å sende oss en melding pr e-post innen lunsj neste dag. Dette fordi spørsmålet hadde en slik karakter at det måtte besvares av en jurist. Det kom imidlertid ikke noen melding fra dere innen angitt tidspunkt og vi ringte derfor for å få en forklaring og et svar.

I telefon på ettermiddagen den 19. februar opplyste du at Helse Nord's jurist hadde fortalt at et svar fra dere ville kunne influere på saken som vi hadde klaget inn til KOFA (Klagenemnda for offentlige anskaffelser) og at dette var årsaken til at hun ikke hadde etterfulgt din lovnad ovenfor oss og besvart vår forespørsel. Du opplyste videre at dersom vi stilte dette spørsmålet skriftlig så ville vi få et svar.

Med dette som utgangspunkt, ber vi Helse Nord RHF om å besvare følgende spørsmål fra oss:

Har valgt leverandør i ovennevnte tilbudsområder deltatt i konkurransen med forhandlinger og dermed konkurrert med vårt tilbud under like vilkår?

Har dere inngått avtale med valgt leverandør som resultat av direkte anskaffelse på pasienttransport i ovennevnte tilbudsområder?

Har dere eventuelt foretatt en direkte anskaffelse med endrede konkurransevilkår i forhold til de som lå til grunn for den foregående åpne anbudskonkurransen?

Vi sender denne forespørselen via e-post, direkte til deg, og ber om et svar innen i dag kl. 15.00."

- (16) I brev av 4. mars 2008 besvarte innklagede klagen av 14. februar og brevet av 21. februar. Fra brevet hitsettes:

"Ved vårt brev av 11. januar 2008, ble deres tilbud avvist i samtlige tilbudsområder, jf. FOA § 20-13 (1) f.

Tildelingsbeslutning i konkurransen ble fattet 21. januar 2008. Bodø Sightseeing ble tildelt kontrakt i områdene Sørfold, Fauske, Gildeskål, Meløy, Bodø, Hamarøy/Tysfjord Vest og Beiarn. Valgt leverandør var best i pris.

Samme dag, 21. januar 2008, påklager Nordland Taxi AS avvisningsvedtaket av 11. januar. Etter en samlet vurdering ble vårt avvisningsvedtak omgjort, jf brev herfra av 1. februar 2008, med tillegg i brev av 18. sm. Omgjøringsvedtaket medførte at deres tilbud av 7. juni 2007 ble evaluert. Som det fremgår av vårt brev av 1. februar då, vant tilbudet ikke frem i områdene hvor det var konkurranse, og for de øvrige ble det avvist. Avvisningsgrunnen er som beskrevet priser langt over kontraktssum, noen steder helt opp mot 110 % over budsjett. Hjemmel for avvisning er FOA § 20-13 (1) e. En beklager at hjemmelen for avvisningsbeslutningen ikke ble opplyst.

Klagen foranlediget ingen endring i tildelingsbeslutningen av 21. januar. Oppdragsgivers vurdering av klagen ble gjennomført før valgte leverandørs vedståelsesfrist utløp, og før kontrakt ble inngått.

Formelt sett kunne en valgt å avlyse konkurransen for disse områdene på grunn av manglende konkurranse. Resultatet ville uansett blitt det samme, og konsekvensene er i alle tilfelle at konkurransen er avsluttet.

[...]

Deres brev av 21. og 25. februar 2008

FOA § 20-16 pålegger oppdragsgiver å begrunne en beslutning om avvisning, og til å gi en utfyllende begrunnelse innen 15 dager dersom leverandøren ber om det. Nordland Taxi AS har fått begrunnelse for våre avvisningsvedtak, og deres klager er behandlet.

Hvor langt begrunnelsesplikten rekker ut over de tilfelle som omhandlet i § 20-16, vil bero på en konkret interesseavveining mellom leverandørens behov for å vurdere sine rettigheter i forhold til regelverket og oppdragsgivers merarbeid ved å gi en slik begrunnelse. De spørsmål som er reist i deres brev av 21. og 25. februar er tilsvarende de anførsler som er brakt inn for Kofa. Det anses herfra som tilstrekkelig at vi forutsetningsvis har besvart spørsmålene i tidligere brev, særlig vises til vårt brev av 11. januar då, samt at anførslene vil bli behandlet i det varslede tilsvaret for Kofa."

- (17) Anskaffelsens anslåtte verdi er ifølge innklagede 79, 3 millioner kroner eks mva.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Innklagedes kontraktsinngåelse med valgte leverandør må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Det bes om at det blir ilagt overtredelsesgebyr.

- (19) Begrunnelsen for at anskaffelsen må anses som en ulovlig direkte anskaffelse, er at innklagede ikke oppfordret klager til å forlenge vedståelsesfristen på samme tidspunkt som dette ble gjort i forhold til valgte leverandør, dvs den 14. januar 2008. Selv om en leverandørs tilbud er avvist eller forkastet, må leverandøren anses som deltaker i konkurransen helt frem til en eventuell klage over avvisningen/forkastelsen er endelig ferdigbehandlet hos oppdragsgiver. For klagers vedkommende må dette særlig gjelde da selskapets klage over avvisningen faktisk ble tatt til følge av innklagede i brevet av 4. februar 2008. Dette var samme dag som innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør og klagers tilbud ble forkastet som for dyrt.
- (20) I tillegg må anskaffelsen anses som en ulovlig direkte anskaffelse på grunn av følgende forhold:
- Valgte leverandør deltok ikke i den opprinnelige åpne anbudskonkurransen, hva gjelder de tilbudsområder leverandøren nå er tildelt kontrakt på.
 - Valgte leverandør deltok ikke i anbudskonkurransen på like vilkår som klager.
 - Den åpne anbudskonkurransen ble avlyst uten saklig grunn.
 - Det ble foretatt vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget.
 - I den første konkurransen med forhandling ble det invitert leverandører som ikke deltok i anbudskonkurransen.
 - Den første konkurransen med forhandling ble ikke kunngjort.
 - Den første konkurransen med forhandling ble avlyst uten saklig grunn.
 - I den andre konkurransen med forhandling ble det invitert leverandører som ikke deltok i anbudskonkurransen.
 - Den andre konkurransen med forhandling ble ikke kunngjort.
- (21) Innklagedes opptreden i denne saken, må foruten å utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, også anses i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5, jf særlig kravene om forutberegnelighet, likebehandling, god forretningsskikk og høy forretningsetisk standard.

Innklagedes anførsler:

- (22) Det bestrides at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det foreligger dermed ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.
- (23) Forbudet mot ulovlig direkte anskaffelse knytter seg til brudd på kunngjøringsplikten. I dette tilfellet ble den opprinnelige konkurransen kunngjort på forskriftsmessig vis. Videre forelå det saklig grunn til å avlyse denne konkurransen. Etter dette ble det invitert til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring med hjemmel i forskriftens § 14-4 (1) bokstav b. Når denne hjemmelen anvendes er det anledning til å også invitere andre leverandører enn de som deltok i den opprinnelige anbudskonkurransen. Dermed ble Bodø Sightseeing AS invitert til å delta i tillegg til klager. Når det gjelder avlysningen av denne første konkurransen med forhandling, forelå det saklig grunn for dette da det også her forelå kun ett eller ingen tilbud.
- (24) Når det gjelder den andre konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring/gjenåpningen av den første konkurransen med forhandling, anføres det at denne konkurransen ikke var kunngjøringspliktig, idet også denne konkurransen bygget på den mislykkede anbudskonkurransen. Selv om ordlyden i forskriftens § 14-4 (1)

bokstav b ikke direkte gir anledning til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter avlysning av en mislykket konkurranse av samme type, må det legges til grunn at hensynet bak regelen, størst mulig konkurranse, må tale for denne forståelse. Også hensynet til en effektiv konkurranse og hensynet til at leverandørene ikke pålegges ekstraarbeid ved å utarbeide nye tilbud, taler for det samme.

- (25) Dersom klagenemnda kommer til at det ikke var anledning til å benytte forskriftens § 14-4 (1) bokstav b som hjemmel for den andre konkurransen med forhandling, anføres det at de grunnleggende prinsippene i lovens § 5 er ivaretatt, og at det, basert på den forutgående konkurransen, realitetene i saken, og de konkrete markedsforholdene hva gjelder denne typen tjenester, likevel ikke forelå en kunngjøringsplikt.
- (26) Dersom klagenemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, bestrides det at skyldkravet er oppfylt. Det er ikke klart hvordan forskriftens § 14-4 (1) bokstav b skal forstås, og både bestemmelsens formål og kravet til størst mulig og effektiv konkurranse, tilsier en tolkning i samsvar med den som innklagede har lagt til grunn. Et eventuelt brudd på kunngjøringsplikten er dermed ikke åpenbart.
- (27) Dersom klagenemnda kommer til at skyldkravet er oppfylt, bør gebyr ikke ilegges.
- (28) Dersom gebyr ilegges, bør det reduseres betydelig.
- (29) For øvrig bemerkes at overtredelsen maksimalt kan anses for å ligge i nedre grenseland av det som kan karakteriseres som grovt uaktsomt. Videre var konkurransegrunnlaget allerede kunngjort, og det ble ikke foretatt endringer i dette. En ny kunngjøring ville heller ikke endret rammebetingelsene for konkurransen. Tilslutt har innklagede heller ikke tidligere begått ulovlige direkte anskaffelser, og ileggelse av gebyr vil ikke ha noen preventiv effekt idet innklagede alltid bestreber å etterleve regelverket lojalt.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagedes kontraktsinngåelse må anses som en ulovlig direkte anskaffelse

- (31) Klagenemnda behandler først spørsmålet om inngåelsen av kontrakt etter den andre konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring må anses som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) I denne saken ble det først gjennomført en åpen anbudskonkurranse. Da denne konkurransen var mislykket, ble den avlyst. Etter dette gjennomførte innklagede en første konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Da også denne var mislykket, ble også denne avlyst. Det ble så avholdt en andre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Kontrakten som ble inngått med valgte leverandør, og som i denne saken skal vurderes, knytter seg således til den andre konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring. Selv om innklagede i tillegg til å omtale de to konkurransene med forhandling som to separate konkurranser,

også har betegnet den siste som en ”*gjenåpning*” av den første, legger klagenemnda til grunn at det her må være tale om to separate konkurranser da innklagede uttrykkelig avlyste den første forhandlede konkurransen i brev av 2. oktober 2007.

- (33) Klagers anførsler om at det ble gjort vesentlige endringer i den etterfølgende konkurransen med forhandling, og at det var galt å la valgte leverandør inngi tilbud da han ikke var med i den åpne anbudskonkurransen, er behandlet og avgjort i sak 2008/24 med det resultat at klager ikke fikk medhold i anførslene.
- (34) I forhold til spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse blir problemstillingen da om det med hjemmel i forskriftens § 14-4 (1) bokstav b kan gjennomføres mer enn én påfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, etter en avlysning av en åpen anbudskonkurranse.
- (35) Etter klagenemndas oppfatning fremgår det av ordlyden i § 14-4 (1) bokstav b at det kun er etter en avlysning av en mislykket anbudskonkurranse at det kan gjennomføres en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det vil si at det ikke er åpnet tilsvarende mulighet etter en avlyst mislykket konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Dette tilsier at det kun er mulighet til å gjennomføre én konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter en avlysning av en mislykket kunngjort anbudskonkurranse.
- (36) Forskriftsbestemmelsen er en unntaksbestemmelse fra hovedregelen om kunngjøring av konkurranser. Når det gjelder fortolkningen av unntaksbestemmelser har både EF-domstolen og klagenemnda i en rekke saker uttalt at disse generelt bør fortolkes restriktivt, jf blant annet EF-domstolens uttalelser i sakene C-71/92, C-328/92 og C-28/01 og klagenemndas uttalelser i sakene 2006/105 og 2006/149.
- (37) Videre har klagenemnda etter en gjennomgang av juridisk teori og relevant rettspraksis ikke funnet noen holdepunkter for at forskriftsbestemmelsen må kunne tolkes utvidende til å gi hjemmel for å avholde flere etterfølgende konkurranser med forhandling uten forutgående kunngjøring etter en avlysning av en mislykket anbudskonkurranse.
- (38) Klagenemnda legger etter dette til grunn at bestemmelsen i § 14-4 (1) bokstav b ikke kan tolkes utvidende til å gjennomføre mer enn én påfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter en avlysning av en mislykket åpen anbudskonkurranse. Nemnda har forståelse for synspunktet om at en slik fortsettelse av konkurransen kunne være hensiktsmessig for oppdragsgiver og ressursbesparende for deltakerne, men er ikke enig i at dette i tilstrekkelig grad kan begrunne en utvidende fortolkning av unntaksbestemmelsen i § 14-4 (1) bokstav b.
- (39) Dette innebærer at gjennomføringen av den andre konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring manglet rettslig grunnlag. Kontraktsinngåelsen som skjedde som avslutning på denne konkurransen må derfor anses som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (40) Klagenemnda går så over til å behandle spørsmålet om inngåelsen av kontrakt uten å oppfordre klager til å forlenge sin vedståelsesfrist medfører at anskaffelsen også på dette grunnlag må anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

- (41) Det er ikke bestridt at innklagede oppfordret valgte leverandør til å forlenge sin vedståelsesfrist den 14. januar 2008, altså før den opprinnelige fristen løp ut. Kontrakt ble inngått 4. februar 2008, innenfor den nye vedståelsesfristen. Dette er derfor ikke grunnlag i seg selv til å fastslå en ulovlig direkte anskaffelse.
- (42) Klagenemnda behandler dernest spørsmålet om det er gjort en feil fra innklagedes side ved ikke å sørge for forlengelse også av klagers tilbud på tilsvarende måte. Leverandører som har fått sitt tilbud avvist, må behandles som deltakere i konkurransen helt frem til eventuelle klager over avvisningen er endelig avgjort av oppdragsgiver.
- (43) At det foreligger en klagerett for leverandører som har fått sitt tilbud avvist, er ikke eksplisitt angitt i forskriften, men følger naturlig av den rett leverandørene er gitt til å få en begrunnelse for avvisningen, jf forskriftens § 20-16 (2) bokstav c. Hensynet bak regelen om begrunnelsesplikt er jo nettopp at leverandøren skal kunne vurdere om avvisningen er i samsvar med regelverket, og da forutsetningsvis også kunne påklage denne hvis leverandøren mener avvisningen ikke er i samsvar med regelverket. Den mest hensiktsmessige måten å påklage en beslutning er å gjøre det direkte ovenfor den som har truffet beslutningen, i dette tilfellet oppdragsgiver. At det foreligger klagerett på en avvisningsbeslutning er også forutsatt av departementet i veilederen side 203, samt i regelen i forskriftens § 22-3, hvor det fremgår at "alle deltakerne" i en konkurranse skal meddeles hvem som skal tildeles kontrakt eller som er valgt som leverandør, og at deltakerne skal ha mulighet til å klage på beslutningen.
- (44) Når det så gjelder selve kontraktsinngåelsen skal kontrakt med valgte leverandør ikke inngås før eventuelle klager fra de øvrige leverandørene er ferdigbehandlet hos oppdragsgiver. Dette er nødvendig for at klageretten skal være reell, og ikke bli illusorisk, jf EF domstolens sak C-81/98 (Alcatel). Videre er dette også nødvendig for å ivareta effektiviteten i leverandørenes adgang til å kreve midlertidig forføyning for domstolene for å sette til side oppdragsgivers beslutninger, jf lovens § 7 (2).
- (45) Hensynene til en reell klage- og domstolsbehandling innebærer dermed at også avviste leverandører må få tilbud om forlengelse av vedståelsesfristen helt frem til en eventuell klage på avvisningen er ferdigbehandlet hos oppdragsgiver.
- (46) Av innsendt dokumentasjon fremgår det at klagers tilbud av 17. desember 2007 ble avvist i brev av 11. januar 2008. Avvisningen ble påklaget av Nordland Taxi AS i brev av 21. januar 2008, og klagen ble tatt til følge i innklagedes brev av 1. februar 2008.
- (47) Det er forståelig at innklagede, etter å ha avvist klagers tilbud, ikke tenkte på å be om forlengelse av vedståelsesfristen fra klager. Det kom imidlertid en klage på avvisningen den 21. januar 2008, og denne ble behandlet og førte faktisk frem, slik at klagers tilbud ble gjenstand for vurdering
- (48) Det kan reises spørsmål ved om klagen over avvisningen og innklagedes behandling, og det at klagen ble tatt til følge, kan ses på som en underforstått avtale mellom partene om forlengelse av vedståelsesfristen. Klagen kom imidlertid først inn 6 dager etter at vedståelsesfristen utløp, og det er sikker lære at en slik frist for vedståelse ikke kan vekkes til live igjen hvis fristen først er utløpt, jf klagenemndas sak 2005/89.

- (49) Det må derfor konkluderes med at innklagede har gjort en feil ved ikke å be om forlengelse av vedståelsesfristen også fra klager den 14. januar 2008. Dette må anses for å være et brudd på likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 5. Noen konsekvenser for saksutfallet antas det allikevel ikke å ha hatt, i og med at avvisningen av klagers tilbud ble trukket tilbake og leverandørens tilbud vurdert.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (50) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b (1) kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.
- (51) Om skyldkravet fremgår det følgende i Ot prp nr 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser side 26:

”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og – innsikt.”

- (52) Innklagede har i dette tilfellet basert seg på at regelen i § 14-4 (1) bokstav b må gi adgang til å foreta en ny etterfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, når det første forsøket på en slik etterfølgende konkurranse var mislykket. Selv om klagenemnda ikke er enig i denne forståelsen av bestemmelsen, er det vanskelig å karakterisere oppdragsgivers regelbrudd som grovt uaktsom.
- (53) Klagenemnda har ilagt gebyr i to tilfeller som begge må sies å være alvorligere enn det foreliggende. I sak 2007/19 ble en rammeavtale forlenget ut over det lovlige og tross advarsler om at dette kunne utgjøre et ulovlig direktekjøp. I sak 2008/5 ble det gjort vesentlige endringer i en bygge- og anleggskontrakt og byggarbeidet ble lagt til en annen lokalitet med nyoppføring av bygg i stedet for kunngjort ombygging/nybygg. Fra praksis der nemnda etter en helhetsvurdering kom til at det ikke skulle ilegges gebyr nevnes sakene 2007/108 og 2007/90. Sak 2007/108 har likhetstrekk med det foreliggende tilfelle ved at det var kunngjort en konkurranse med forhandling for prekvalifiserte leverandører, men uten at det ble inngått kontrakt før vedståelsesfristen løp ut. Den senere kontraktsinngåelsen utgjorde da en ulovlig direkte anskaffelse. Fra avgjørelsen hitsettes følgende begrunnelse for at det ikke ble ilagt overtredelsesgebyr:

”(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.”

- (54) I den foreliggende sak har innklagede helt klart forsøkt å skape konkurranse om anskaffelsen ved at den opprinnelig ble kunngjort i overensstemmelse med regelverket, og senere ved at samtlige interesserte tilbydere ble gitt anledning til å delta i konkurransen. Det har således vært reell konkurranse om oppdraget, og hele prosessen har foregått i full åpenhet. Det er intet som tyder på noe forsøk fra innklagedes side på å omgå regelverket. Klagenemnda er derfor kommet til at det ikke bør legges gebyr.

Konklusjon:

Helse Nord RHF's kontraktsinngåelse med valgte leverandør må anses som en ulovlig direkte anskaffelse idet kontraktsinngåelsen skjedde etter en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring som manglet rettslig grunnlag i anskaffelsesregelverket.

Helse Nord RHF har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at ikke samtlige tilbydere fikk forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

14. juli 2008


Bjørg Ven