



Ny avgjørelse fra KOFA – om sammensetningen av et konsortium kan endres etter prekvalifisering beror på en konkret vurdering



Ingunn Martinsen
Associate



Line Voldstad
Partner, Avdelingsleder
regulatorisk og FPR



Morten Gullhagen-Revling
Lead Lawyer

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i en fersk avgjørelse fra 26. oktober 2021 konkludert med at endringer i sammensetningen av et konsortium etter prekvalifisering, men før tilbudsfristens utløp, i det aktuelle tilfellet ikke skulle føre til avvisning av konsortiet. Konklusjonen underbygger at slike endringer kan være lovlige, og avgjørelsen er godt egnet til å illustrere vurderingstemaet.

Anskaffelsesregelverket åpner opp for at flere leverandører kan delta i fellesskap, og det er i så fall dette fellesskapet (eller konsortiet om man vil) som vil anses som leverandøren. Videre kan oppdragsgiveren bare kreve at leverandørfellesskapet oppretter en bestemt foretaksform etter en eventuell kontraktsinngåelse.

Deltakerne i et konsortium kan støtte seg på hverandre og andre foretak enn konsortiedeltakerne for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene som er stilt i en anskaffelse. Dersom kvalifikasjonskravene ikke er oppfylt, må leverandøren avvises.

Der et konsortium er prekvalifisert og tilbudsfristen ikke er utløpt, vil endringer i sammensetningen av deltakerne i konsortiet kunne reise spørsmål om avvisning. Dette fordi slike endringer kan forrykke den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen. Situasjonene kan typisk være der én eller flere deltakere byttes ut eller fjernes. Denne situasjonen er ikke direkte regulert i noen av de ulike anskaffelsesforskriftene eller de bakenforliggende direktivene, men kravene til likebehandling og konkurranse vil stå sentralt. EU-domstolen har i sak C-396/14 *MT Højgaard* oppstilt et krav om at det må være **juridisk og materiell identitet** mellom prekvalifisert leverandør, og den leverandør som til slutt inngir tilbudet.

Nærmere om KOFA sak 2021/997

Saken gjaldt anskaffelse av en taktisk elementbro til bruk i militær sammenheng, og fulgte reglene i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. I denne saken ble 3 av 4 deltakere i et konsortium fjernet etter prekvalifisering, men før tilbudsfristen. Videre trådte en underleverandør som også var brukt i prekvalifiseringen, inn som leder av konsortiet. Bakgrunnen for endringen hang sammen med at konsortiet etter å ha mottatt konkurransedokumentene, ble oppmerksom på at flere av de deltakende leverandørene ikke ville ha noe leveranseelement, og dermed at det ikke var behov for disse ved en eventuell kontraktsgjennomføring. Oppdragsgiver godkjente denne endringen, og anskaffelsen endte med at konsortiet ble tildelt kontrakt. En annen deltaker i konkurransen klaget til KOFA og mente at konsortiet skulle avvises på grunn av endringen i sammensetningen av deltakerne i konsortiet.

KOFA gjorde en konkret vurdering og konkluderte med at endringen i sammensetningen av konsortiedeltakerne ikke skulle lede til avvisning av konsortiet. Sentralt for denne konklusjonen var at konsortiet oppfylte kvalifikasjonskravene – både før og etter endringen - og dermed også den nødvendige juridiske og materielle identitet. Det opprinnelige konsortiet hadde støttet seg på den nye lederen av konsortiet (den tidligere underleverandøren) for å oppfylle kvalifikasjonskravene. KOFA uttaler i avsnitt 44:

«I forbindelse med saksforberedelsen for nemnda har innklagede også forklart at de innen prekvalifiseringsfristen utløp mottok all den dokumentasjon som er benyttet for å vurdere om konsortiet – både før og etter endringen – oppfyller kvalifikasjonskravene. Endringen av leverandørkonstellasjonen har altså ikke endret det reelle innholdet av konsortiets prekvalifiseringsøknad, og tidsfristen for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene har blitt håndhevet likt overfor leverandørene som deltok i prekvalifiseringsfasen.»

Oppsummering og merknader

Avgjørelsen illustrerer at det ikke er holdepunkter for at en endring i sammensetningen av et konsortium **i seg selv** er tilstrekkelig for at leverandøren må avvises fra konkurransen, men at hvert tilfelle må vurderes konkret.

Det sentrale vurderingstema er hvorvidt konsortiet også etter endringen kan identifiseres med den leverandørgruppen som i utgangspunktet ble kvalifisert. Foreligger det derimot endringer som påvirker det reelle innholdet av konsortiets prekvalifiseringsøknad, og som dermed har betydning for deltakelsen og potensielt utfallet av konkurransen, vil utfallet nok bli et annet.

Selv om anskaffelsen ble gjennomført etter forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser vil avgjørelsen ha overføringsverdi til anskaffelser gjennomført etter de andre anskaffelsesforskriftene, da disse heller ikke regulerer spørsmålet direkte.

Dersom du ønsker ytterligere opplysninger eller har spørsmål knyttet til dette temaet og/eller til hvordan anskaffelsesreglene påvirker din virksomhet, ta gjerne kontakt med vårt anskaffelsesteam:

Line Voldstad, Partner, DLA Piper Norway, + 47 98 40 10 79, line.voldstad@dlapiper.com

Ingunn Martinsen, Advokatfullmektig, DLA Piper Norway, + 47 90 09 16 46, ingunn.martinsen@dlapiper.com



Ny avgjørelse fra KOFA

Endring av deltakere i konsortium etter prekvalifisering



Line Voldstad



Morten Gullhagen-
Revling



Ingunn Martinsen

Services

Offentlige anskaffelser, EU/EØS- og Konkurranserett
