



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning, minimumsfrister

Drangedal kommune har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av klinisk veterinærvakt for kommunene Drangedal og Kragerø. Klagerne anførte en rekke feil knyttet til gjennomføringen av konkurransen, herunder at fristen for å levere tilbud var for kort, i strid med minstekravene i forskriften § 20-2. Klagenemnda kom til at fristen var for kort, og at dette kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Det var også i strid med regelverket at tildelingskriteriene ikke var vektet og at det i kunngjøringen var angitt at det ikke var åpnet for delkontrakter. Konkurransen måtte derfor avlyses. På bakgrunn av dette resultatet tok ikke nemnda stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 18. juni 2019 i sak 2019/140

Klager: Dorina Herke og Per Christian Bye

Innklaget: Drangedal kommune

Klagenemndas medlemmer: Jakob Wahl, Halvard Haukeland Fredriksen, Marianne Dragsten

Bakgrunn:

(1) Drangedal kommune (innklagede) kunngjorde 15. januar 2019 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av klinisk veterinærvakt for kommunene Drangedal og Kragerø. Anskaffelsens verdi ble estimert til 4 075 000 kroner. Tilbudsfrist var satt til 23. januar 2019.

(2) I kunngjøringen punkt II.1.6 var det opplyst at anskaffelsen ikke var delt inn i delkontrakter. Det samme fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.1.5:

«Det er ikke adgang til å gi tilbud på deler av oppdraget.»

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2.3 «*Taushetsplikt*» fremgikk følgende:

«Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. FOA § 7-4, jf. forvaltningsloven § 13.»

(4) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.5:

«Tildelingen skjer basert på følgende kriterier

- Veterinærens tilleggsutdanning innen og/eller erfaring med behandling av aktuelle dyreslag i området.*

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- *Oppdragsforståelse, herunder erfaring fra lignende vaktordninger og samarbeidsevne.*
- *Seminresultat.»*

(5) Av punkt 1.6 «*Evalueringsmetode*» fremgikk følgende:

«Evalueringen tar utgangspunkt i ovenstående krav, og det blir foretatt en helhetsvurdering ut fra disse».

(6) Innklagede mottok seks tilbud innen fristen, herunder fra veterinærene Dorina Herke og Per Christian Bye (klagerne). Tilbudet fra Arken Kragerø Dyreklinikk AS ble avvist, mens alle de øvrige tilbyderne ble tildelt plass i vaktordningen.

(7) Av tildelingsbrevet 28. januar 2019 fremgikk det at klagerne hadde blitt trukket ved evaluering av kriteriene «*Oppdragsforståelse*» og «*Seminresultat*», og fikk en totalscore på henholdsvis 70,3 og 71,3 poeng. Om fordelingen av vaktene mellom leverandørene fremgikk følgende:

«Ved gjennomgang av tilbudene oppdages det at det er kun tre tilbud som tilfredsstillende krav som er satt i utlysingen. Det er tilbud to og tre, og som direkte følge av dette også tilbud en.

Med kun to av veterinærene som har oppfylt de krav vi har satt til ordningen vil vaktbelastningen for disse bli alt for stor. Vi har derfor vurdert at også de veterinærene som ikke har levert i henhold til søknadskriterier også får tildelt vakter, men de vil bli tildelt færre vakter enn de to som har levert fullverdige søknader. Vi har derfor vurdert situasjonen slik at vi tildeler de som har oppfylt våre krav til å få dobbelt så mange vakter som de som ikke oppfyller de krav som er satt.»

(8) Saken ble først bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. mars 2019. Fullstendig klage ble oversendt 25. april 2019. Innklagede har valgt å avvende kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken. Saken har derfor vært underlagt prioritert saksbehandling.

(9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. juni 2019.

Anførsler:

Klagerne har i det vesentlige anført:

(10) Innklagede har satt en for kort frist for å inngi tilbud, i strid med minimumsfristene i forskriften § 20-2. Den korte tidsfristen fikk konsekvenser for utarbeidelsen av klagerens tilbud, som igjen fikk konsekvenser for evalueringen av klagerens tilbud under tildelingskriteriet «*Oppdragsforståelse, herunder erfaring fra lignende vaktordninger og samarbeidsevne*». Konkurransen skulle derfor vært avlyst.

(11) Det fremgår av kunngjøringen at anskaffelsen ikke er delt opp i delkontrakter. Innklagede har likevel delt anskaffelsen opp i fem delkontrakter. Feilen kan ha påvirket konkurransen, og innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.

- (12) Tildelingskriteriet «*Seminresultat*» er ulovlig, da det ikke har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Inseminering av husdyr hører ikke naturlig innunder en klinisk veterinæravakt, som primært skal dekke akutte nødhjelpsbehov for dyr utenfor veterinærenes ordinære arbeidstid. Kriteriet er også konkurransevridende all den tid det favoriserer veterinærer i Drangedal, hvor det i større grad drives med husdyrhold enn i Kragerø.
- (13) Tildelingskriteriet «*Oppdragsforståelse, herunder erfaring fra lignende vaktordninger og samarbeidsevne*» er ulovlig, da det omhandler samme vurderingstema som kvalifikasjonskravet om «*erfaring fra sammenlignbare oppdrag*».
- (14) Innklagede har videre brutt regelverket ved ikke å vekte eller prioritere tildelingskriteriene, jf. forskriften § 18-1 (6).
- (15) Kvalifikasjonskravene er ikke angitt i kunngjøringen i strid med forskriften § 16-1 (3).
- (16) Evalueringen av tilbudene er vilkårlig, da veterinærer som ikke har besvart tildelingskriteriene likevel er gitt full uttelling basert på kommunens tidligere erfaring. Innklagedes evalueringsmetode, hvor det gjøres en skjønnsmessig helhetsvurdering av de tre tildelingskriteriene, gir innklagede ubegrenset valgfrihet ved evalueringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede erkjenner at fristen for å levere tilbud var for kort i strid med forskriften § 20-2. Innklagede kan likevel ikke se at dette har påvirket utfallet av konkurransen slik at det foreligger en avlysningplikt.
- (18) Tildelingskriteriene er lovlige. Inseminering av produksjonsdyr er en type veterinærhjelp som bør ytes raskt, i noen tilfeller før neste hverdag, og kommunen har derfor funnet det hensiktsmessig å inkludere denne typen veterinærhjelp i vaktordningen. Kriteriet «*Seminresultat*» har dermed tilknytning til kontraktsgjenstanden.
- (19) Tildelingskriteriene var vektet på forhånd, men vektingen var ved en feil ikke inntatt i konkurransedokumentene. Dette er svært beklagelig, men innklagede kan ikke se at det har påvirket utfallet av konkurransen.
- (20) Selv om det i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var oppgitt at anskaffelsen ikke var delt opp i delkontrakter, må det ha fremstått klart ut fra den øvrige informasjonen i konkurransedokumentene at det ville inngås flere kontrakter.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av klinisk veterinæravakt for kommunene Drangedal og Kragerø, og er kunngjort som en tjenesteanskaffelse. Det kan reises spørsmål ved om kontrakten rettslig sett vil kunne klassifiseres som en tjenstekontrakt. All den tid kontrakten er kunngjort som en tjenstekontrakt antar imidlertid nemnda at dette må være avgjørende. Anskaffelsens verdi er estimert til 4 075 000 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.

- (22) Det følger av forskriften § 20-2 (1) at i en åpen anbudskonkurranse skal fristen for mottak av tilbud være «*minst 30 dager regnet fra den dagen den alminnelige kunngjøringen sendes til TED-databasen*».
- (23) Innklagede har opplyst at kunngjøringen ble sendt til TED-databasen 11. januar 2019, mens tilbudsfristen var satt til 23. januar 2019. Innklagede erkjenner at tilbudsfristen er for kort, i strid med forskriften, men mener at det likevel ikke foreligger en avlysningsplikt.
- (24) For at det skal foreligge en avlysningsplikt må det i utgangspunktet kunne påvises at konkurransen kunne ha fått et annet utfall for klager dersom feilen ikke var begått, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/142 premiss (40). Feilen må heller ikke kunne rettes på annen måte enn ved at konkurransen utlyses på nytt.
- (25) Når det, som her, er gitt en frist som er vesentlig kortere en minimumsfristene, har det formodningen mot seg at feilen ikke har kunnet påvirke konkurransen. Klagerne har konkret vist til at de ikke fikk avklart spørsmål knyttet til at dokumentasjonen innklagede ba om i konkurransedokumentene ville inneholde informasjon underlagt taushetsplikt i dyrehelsepersonelloven § 20. Når klagerne ikke fikk svar på henvendelsen innen tilbudsfristen, leverte de tilbud uten denne informasjonen. Dette ga trekk i evalueringen av tildelingskriteriet «*Oppdragsforståelse, herunder erfaring fra lignende vaktordninger og samarbeidsevne*». Nemnda forstår det også slik at fordi denne dokumentasjonen manglet i klagerens tilbud, ble klagerne tildelt færre vakter.
- (26) Innklagede hevder at konkurransegrunnlaget inneholdt tilstrekkelig informasjon om taushetsplikt til at klager måtte forstå at taushetsbelagt informasjon kunne inngå i tilbudet. Informasjonen innklagede viser til inneholder en beskrivelse av innklagedes alminnelige taushetsplikt om forretningshemmeligheter i leverandørens tilbud. Spørsmålet gjaldt imidlertid ikke oppdragsgivers taushetsplikt, men den lovpålagte taushetsplikten veterinærer er pålagt i dyrehelsepersonelloven § 20. En avklaring av spørsmålet om taushetsplikt kunne dermed ha påvirket utfallet av konkurransen for klagerne. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning og ny kunngjøring med en tilstrekkelig lang tilbudsfrist. Det foreligger dermed en plikt til å avlyse konkurransen.
- (27) Selv om det ikke er nødvendig for å løse saken, er det som innklagede også har erkjent, et brudd på regelverket at tildelingskriteriene ikke var vektet i konkurransegrunnlaget. Det representerer også et brudd på regelverket at det i kunngjøringen var angitt at det ikke var åpnet for delkontrakter. Ut over dette finner nemnda ikke grunn til å gå inn på de øvrige materielle spørsmålene i saken.
- (28) Bruddet på regelverket kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndforskriften § 13.

Konklusjon:

Drangedal kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å sette for kort tilbudsfrist i strid med forskriften § 20-2, ved ikke å vekte tildelingskriteriene og ved at det i kunngjøringen var angitt at det ikke var åpnet for delkontrakter.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk