



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I dette nyheitsbrevet kan du lese om fleire interessante problemstillingar som Klagenemnda for offentlege anskaffingar har behandla den siste tida. Blant anna har klagenemnda for første gong vurdert i kva tilfelle oppdragsgivar kan hevde at anskaffingar er unnatekne kunngjeringsplikta på grunn av pandemien.

I denne utgåva av nyheitsbrevet kan de lesa om følgjande sakar:

- Ulovleg direkte anskaffing på grunn av for lang avtale
- Avlysingsplikt og deltakarinteresse
- Varsel om brotgebyr og deira preventive effekt
- Ulovleg etterfølgjande tilknytning av underleverandør

Ulovleg direkte anskaffing på grunn av for lang avtale

I sak 2020/313 hadde Folkehelseinstituttet i april 2020 inngått tre avtalar om anskaffing av appen Smittestopp. Dei tre avtalane gjaldt utvikling og vedlikehald av appen og dessutan levering av ei skyplattform for appen. Føremålet med å inngå avtalane var å kunne drive effektiv smittesporing av koronaviruset i Noreg.

Klagenemnda kom til at unntaket for hasteanskaffingar gjaldt for avtalane om utvikling og vedlikehald av Smittestopp, og at desse kontraktane derfor ikkje utgjorde ulovlege direkte anskaffingar.

Dei sentrale spørsmåla i saka er om nokre av unntaksføresegnene kunne heimle manglande kunngjeringsplikta av anskaffinga av skytenester.

Klagenemnda meinte at anskaffinga av skyplattforma ikkje var heimla i ein tidlegare inngått rammeavtale, ettersom ein hadde fråvike heilt grunnleggjande element ved denne. Vidare fann nemnda at kontraktslengda på ti år hadde eit større omfang «enn strengt nødvendig», slik at fråvikinga av kunngjeringsplikta heller ikkje kunne heimlast i hasteunntaket. Kontrakten om skytenester utgjorde derfor ei ulovleg direkte anskaffing.

Ettersom det utelukkande var varigheita av kontrakten som gjorde at unntaksføresegna ikkje kunne gjerast gjeldande på forholdet, kom nemnda til at den innklaga sin handlemåte ikkje kunne karakteriserast som grovt aktaus. På denne bakgrunn fann nemnda at eit passende gebyr ville vere 5 prosent av verdien av anskaffinga. Folkehelseinstituttet blei derfor pålagt eit gebyr på 78 000 kroner for ulovleg direkte anskaffing av skytenester.

Avlysingsplikt og deltakarinteresse

At det ligg føre eit brot på anskaffingsregelverket, inneber ikkje nødvendigvis ei avlysingsplikt. Dette viser sak 2020/580. I saka hadde den innklaga erkjent at det låg føre fleire feil i kunngjeringa. Desse feila hadde likevel ikkje hatt noko å seie for utfallet av konkurransen. Ifølgje klagar, som sjølv hadde delteke i konkurransen, låg det føre avlysingsplikt fordi feila hadde påverka deltakarinteressa.

Anskaffinga var for det første kunngjord etter feil regelverk. Men den innklaga hadde kunngjort konkurransen i TED og brukt riktige CPV-kodar. Klagenemnda la derfor til grunn at kunngjeringa hadde nådd ut til dei relevante leverandørane. Klagar hadde også sjølv oppgitt at det var usikkert om feilen hadde hatt noko å seie for deltakinga.

Det var også gjort ein feil ved at det ikkje var angitt i kunngjeringa at det var opna for å gi deltilbod. Men anskaffinga var berre beskriven i stikkordsform i kunngjeringa, og konkurransegrunnlaget med riktige opplysningar var gjort tilgjengeleg samtidig med kunngjeringa. Klagenemnda poengterte at klagar heller ikkje hadde belyst nærmare om feilen faktisk kunne ha verka inn på leverandørane si deltaking i konkurransen. For ein tredje feil i kunngjeringa hadde klagar heller ikkje vist til forhold som tilsa at eilen hadde påverka deltakarinteressa.

Klagenemnda fann det ikkje sannsynleg at nokre av desse feila kunne ha hatt noko å seie for kven som viste interesse for anskaffinga. Nemnda konkluderte dermed at det låg føre brot på anskaffingsregelverket, men at den innklaga ikkje hadde avlysingsplikt.

Avgjerda viser at ved spørsmål om feil har påverka deltakarinteressa, er det ikkje alltid tilstrekkeleg å kunne påvise feil, men å sannsynleggjere at feilen har hatt betydning for kven som har delteke.

Varsel om brotgebyr og deira preventive effekt

Klagenemnda si avgjerd i sak 2020/575 gjaldt ein kommune si inngåing av rammeavtale om rådgivings-tenester, mellom anna innanfor arkitekt- og ingeniørfaget. Klagar hevda at verdien av anskaffinga oversteig EØS-terskelverdien, og dermed skulle vore kunngjord også i TED, slik at den innklaga hadde

Basert på opplysningane om omfanget av anskaffinga og dei innkomne tilboda varsla klagenemnda pålegging av brotgebyr. I merknadene til varselet erkjente den innklaga at det ikkje var gjort ei forsvarleg berekning av verdien av anskaffinga før kunngjeringa, og oppgav samtidig at det ikkje var gjort avrop på rammeavtalen.

Nemnda konstaterte brot på verdiberekningsreglane og uttalte at ein slik feil i utgangspunktet ikkje kan rettast på annan måte enn ved avlysing av konkurransen, noko som i denne saka ikkje var aktuelt, ettersom kontrakt var inngått.

Den innklaga varsla samtidig nemnda om at dei ville terminere kontrakten med den valde leverandøren og lyse ut konkurransen på nytt. Klagenemnda hadde dermed ikkje lenger grunnlag for å påleggje gebyr, sidan avtalen ville bli terminert utan at det ville bli gjennomført kjøp på rammeavtalen. Nemnda fann ikkje grunn til å ta endeleg stilling til om brotet på verdiberekningsreglane også medførte at kontraktsinngåinga utgjorde ei ulovleg direkte anskaffing.

Ulovleg etterfølgjande tilknytning av underleverandør

I sak 2020/515 hadde den innklaga gjennomført ein open tilbuds konkurranse etter del II i anskaffingsforskrifta for inngåing av kontrakt om ombygging av sjukehuslokale til ny legevakt.

Ifølgje klagar skulle den valde leverandøren ha vore avvist frå konkurransen på grunn av manglande oppfyljing av eit kvalifikasjonskrav. Saka blei behandla i stornemnd, altså med fem nemndsmedlemmar mot normalt tre.

Kvalifikasjonskravet innebar at leverandørane måtte ha sentral godkjenning, eller kunne dokumentere tilsvarande kompetanse som er påkravd etter byggjesaksforskrifta, for tiltaksklasse 3. Kravet gjaldt for fleire forskjellige fagområde.

Den valde leverandøren leverte ikkje dokumentasjon på oppfyljing av dette kravet i tilbudet. I det reviderte tilbudet blei det vedlagt forpliktingserklæring og dokumentasjon frå ein underleverandør som den valde leverandøren ville støtte seg på for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Den innklaga hevda at det var høve til å avklare dette forholdet innanfor retten til dialog som følgjer av del II i forskrifta.

Klagenemnda kom til at den innklaga i denne saka hadde gått utanfor retten til dialog i del II, og dermed hadde brote regelverket ved å ikkje avvise den valde leverandøren. Det springande punktet var vurderinga av om den valde leverandøren var kvalifisert då tilbudet blei levert inn. Den valde leverandøren oppfylte ikkje kvalifikasjonskravet åleine. Dokumentasjonen som blei levert i etterkant, viste at tilknytninga til underleverandøren hadde skjedd i etterkant av tilbudsfristen. Sjølv om den etterfølgjande dokumentasjonen derfor i seg sjølv kunne dokumentert oppfyljing av kravet, dokumenterte han ikkje at kvalifikasjonskravet var oppfylt på tilbodstidspunktet.

I motsett retning gjekk sak 2020/623. I denne saka var faktum ganske likt den ovannemnde saka, men likevel med ein vesentleg forskjell. Spørsmålet for nemnda var om den valde leverandøren skulle ha vore avvist som følgje av manglande oppfyljing av eit kvalifikasjonskrav. Forskjellen i denne saka var at det var levert dokumentasjon, her forpliktingserklæringar, saman med tilbudet, som viste at den valde leverandøren var tilknytt underleverandøren allereie på tilbodstidspunktet. Den valde leverandøren var då også kvalifisert på tilbodstidspunktet, sjølv om ettersending av ytterlegare dokumentasjon var påkravd for å kunne avklare dette.

Ein skil derfor mellom tilfelle der ettersend dokumentasjon på oppfyljing av kvalifikasjonskrav faktisk dokumenterer at kvalifikasjonskravet var oppfylt på tilbodstidspunktet, og tilfelle der ettersendinga reparerer manglande oppfyljing på tilbodstidspunktet. Sistnemnde tilfelle vil, ifølgje nemnda, ikkje vere tillate. Klagenemndssekretariatet har også skrivne ein eigen artikkel om dei forskjellige typetilfella, som kan lesast her.