



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Feil kunngjøring.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kontroll av lekeplasser og utomhusarealer. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å benytte feil CPV-koder i kunngjøringen, slik at kontrakten i realiteten ikke var blitt kunngjort. Klagenemnda kom til innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 17. januar 2022 i sak 2021/1899

Klager: Lekeplasskontrollen AS

Innklaget: Omsorgsbygg Oslo KF

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Omsorgsbygg KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. august 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kontroll av lekeplasser og utomhusarealer. Anskaffelsens verdi ble estimert til 5 millioner kroner. Tilbudsfrist var 14. september 2020.
- (2) Formålet med anskaffelsen var å dekke innklagedes behov for kontroll av lekeplasser og utearealer i barnehager og barneparker.
- (3) I kunngjøringen var anskaffelsen merket med hoved-CPV-kode 71312000 («Rådgivning i forbindelse med bygningskonstruksjoner») og følgende tilleggs-CPV-koder:

38500000 - Apparatur til kontroll og prøving

71248000 - Kontroll av prosjekt og dokumentasjon

71310000 - Rådgivning ingeniør- og byggetekniske tjenester

71315100 - Rådgivning i forbindelse med bygningsmaterialer

71315210 - Rådgivning i forbindelse med bygningsteknikk

71317000 - Rådgivning i forbindelse med beskyttelse mot og kontroll av farer»

- (4) Oppdraget omfattet følgende leveranser:

– Årlig kontroll av eksisterende barnehager og barneparker (ettersynskontroll)

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

- Tredjepartskontroll (kontroll av nye barnehager, kontroll av nyinnstallerte lekeapparater og kontroll av nyetablerte barnehager)
 - Hasteoppdrag (bistand ved uønskede hendelser og/eller ulykker, for eksempel bistå politiet med opplysninger)
- (5) Det var to leverandører som leverte tilbud innen utløpet av tilbudsfristen, herunder Lekeplassinspektøren AS.
- (6) Kontrakt ble inngått med Lekeplassinspektøren AS (heretter *valgte leverandør*) den 10. november 2020.
- (7) Lekeplasskontrollen AS (heretter *klager*) tok kontakt med innklagede 12. august 2021 for å avklare om konkurransen skulle legges ut på nytt, ettersom klager ikke hadde mottatt anbudsvarsling.
- (8) Innklagede svarte på henvendelsen den 13. august 2021, og informerte om at konkurransen ble kunngjort 7. august 2020 og at kontrakt var inngått.
- (9) Den 20. august 2021 skrev klager at de har et bredt søk på anbud, og abonnerer på flere relevante nøkkelord og CPV-koder som er relevante for bransjen. Klager ba innklagede forklare hva som var grunnlaget for de CPV-kodene som var valgt i kunngjøringen.
- (10) I e-post datert 8. september 2021 svarte innklagede at CPV-kodene i konkurransen ble fastsatt av ansvarlig saksbehandler etter beste skjønn. Innklagede fremholdt at kodene som ble valgt på flere måter dekket hovedtjenesten for rammeavtalen, selv om CPV-koden «*lekeplassutstyr*» ikke var blitt brukt.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i klage datert 15. oktober 2021.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. januar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling og god forretningsskikk i anskaffelsesloven, ved å benytte CPV-koder som ikke tilstrekkelig tilkjennegir anskaffelsen for leverandørmarkedet.
- (14) Klager anfører at feil bruk av CPV-koder medfører at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Den inngåtte kontraktens løpetid bør dermed avkortes, og innklagede må ilegges et overtredelsesgebyr og betale erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Klagers anførsel om at innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene i loven § 4 må avvises fra behandling av klagenemnda. Det fremgår av klagenemndsfskriften § 6 at klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Kontrakt ble inngått 10. november 2020, og klagefristen er dermed oversittet.

- (16) Innklagede bestrider at den inngåtte kontraktens løpetid bør avkortes. Innklagede bemerker at klagenemnda ikke har formell kompetanse til å avgjøre dette spørsmålet, da dette ligger til domstolene, jf. anskaffelsesloven § 14.
- (17) Innklagede bestrider at konkurransen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen har vært kunngjort, og det er benyttet riktige CPV-koder som har gjort det mulig for aktuelle leverandører å delta i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagers anførsel som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse er rettidig fremsatt, jf. klagenemndsforskriften § 13a andre ledd.
- (19) Klagers anførsel om brudd på de grunnleggende prinsippene i loven § 4 er fremsatt mer enn seks måneder etter kontraktinngåelsen, og er dermed ikke rettidig, jf. klagenemndsforskriften § 6.
- (20) Konkurransen gjelder kontroll av lekeplasser og utearealer i barnehager og barnepark, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å benytte CPV-koder som ikke tilstrekkelig tilkjenner anskaffelsen for det aktuelle leverandørmarkedet.
- (22) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (23) Oppdragsgivers kunngjøringsplikt fremgår av forskriften § 21-2 (1). Bestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 2014/24/EU artikkel 49, hvor det fremgår at kunngjøringen skal inneholde informasjon som fastsatt i Annex V del C til direktivet. Av dette vedlegget følger det at kunngjøringen skal inneholde CPV-koder. CPV står for Common Procurement Vocabulary, og CPV-numrene viser til EU-kommisjonens produkt- og tjenestekoder. CPV-numrene blir brukt i kunngjøringene i databasene Doffin og TED, og hensikten er å standardisere betegnelse som oppdragsgiver bruker til å beskrive hvilke ytelser som skal anskaffes. Ved å gruppere anskaffelser etter ulike CPV-koder, blir det enklere for å leverandørene å søke etter relevante kunngjøringer i databasene.
- (24) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at tilfeller hvor oppdragsgiver ikke kunngjør alle hoveddelene av en anskaffelse, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2021/697 premiss 25. I denne saken hadde oppdragsgiver ikke inkludert CPV-koder for motorkjøretøy og maskiner, og det var dermed ikke tilstrekkelig tilkjennegett for det aktuelle leverandørmarkedet at anskaffelsen omfattet leasing av kjøretøy. Avgjørelsen er i tråd med det som Høyesterett la til grunn i Rt. 2008 s. 982 *Catch Communication*.

- (25) I foreliggende sak er hovedformålet med anskaffelsen å foreta kontroller av lekeplasser, lekeapparater og utearealer i barnehager og barnepark. Det var angitt følgende hoved-CPV-kode i kunngjøringen: 71312000: «Rådgivning i forbindelse med bygningskonstruksjoner».
- (26) Klager fremholder blant annet at CPV-koden 5087000 («Reparasjon og vedlikehold av utstyr til lekeplasser») skulle vært blant CPV-kodene som ble brukt, for å bedre tilkjenne anskaffelsesbehovet. Klagenemnda mener at denne CPV-koden ikke er treffende, da ytelsene som skal anskaffes er kontroll av nye barnehager og kontroll av nyinstallerte lekeapparater, og ikke reparasjon eller vedlikehold av apparatene.
- (27) Klager har også vist til andre koder som tidligere er blitt brukt for lignende anskaffelser, herunder 71356100 («Tekniske kontrolltjenester»). Det er mulig at denne CPV-koden gir en mer presis beskrivelse av ytelsen enn den hoved-CPV-koden innklagede har brukt.
- (28) I EU-kommisjonens veileder «Guide to the Common Procurement Vocabulary» fremgår det følgende under punkt 6.2 («Which criteria you should follow to choose a code»):
- «The awarding entity should try to find a code that suits its needs as accurately as possible. Of course, **more than one code** may be used in the standard forms for the publication of public procurement notices (see the eNotices website). However, the first one will be considered the title. Therefore, it may be a little more general (with more zeros at the end) than the others, **for instance if no accurate code is suitable.***
- It is important to keep in mind that **more than one code** can be chosen from the **Main Vocabulary**; nevertheless it is better not to choose more than 20 codes.*
- Each code can be further detailed, according to the specific needs of the entity, by using **several codes** chosen among those contained in the **Supplementary Vocabulary**».*
- (29) Dette tilsier at det ikke automatisk utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, selv om det finnes CPV-koder som bedre kunne beskrevet hvilke ytelser som skulle anskaffes.
- (30) Innklagede har også valgt flere tilleggs-CPV-koder som inneholdt ordene «kontroll» og «rådgivning», som er hovedytelsen som skal anskaffes. Flere av disse kodene tilkjenner i større grad hvilke ytelser som skulle anskaffes. Dette tilsier at selv om hoved-CPV-koden ikke er helt nøyaktig, var det mulig for leverandørene å finne konkurransen ved hjelp av tilleggs-CPV-kodene som ble valgt. I tillegg anga tittelen i kunngjøringsdatabasene klart hva som skulle anskaffes, herunder «Kontroll av lekeplasser og utomhusareal». Dette tilsier at konkurransen var lett tilgjengelig for leverandørmarkedet.
- (31) Klagenemnda er etter dette kommet til at CPV-kodene i tilstrekkelig grad tilkjenner anskaffelsen for det aktuelle leverandørmarkedet. Innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Omsorgsbygg Oslo KF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk