



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for en vareanskaffelse av datakommunikasjonsutstyr. Anskaffelsen inneholdt i virkeligheten et betydelig tjenesteelement, og klagenemnda kom til at innklagede brøt kravet til kunngjøring når det gjaldt denne delen av anskaffelsen. Innklagede hadde dermed forhindret klager fra å inngi tilbud selv om innklagede var blitt gjort oppmerksom på feilen mens det ennå var anledning til å rette den.

Klagenemndas avgjørelse 9. august 2004 i sak 2003/277

Klager: Catch Communications AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Krav til kunngjøring.

Bakgrunn:

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

- (1) Oslo kommune (heretter kalt ☐innklagede☐) kunngjorde 17. februar 2003 en konkurranse med forhandling for kjøp av datakommunikasjonsutstyr. Anskaffelsen ble betegnet som et varekjøp og nærmere beskrevet slik i kunngjøringens punkt 3 b):

☐CPV: 32 58 10 00. Datakommunikasjonsutstyr med tilhørende management-løsning for nytt konsernnettverk til Oslo kommune. Bestående av stamnett og aksessnett for å tilknytte opptil 1400 tjenestesteder.

Opsjoner: Tilbud kan leveres på datakommunikasjonsutstyr samlet eller delt på følgende elementer:

1. *Ethernet kjernesvitsjer*
2. *Ethernet LAN-utstyr*
3. *Brannmurer*
4. *VPN kontrollere*
5. *DSLAM/DSL modem*
6. *CWDM utstyr*
7. *Catching*
8. *Rutere*☐

- (2) Tilbud kunne gis på én, flere eller alle deler av forespørselen. CPV-koden 32 58 10 00 betegner datakommunikasjonsutstyr.

- (3) I konkurransegrunnlaget het det under punkt 1.1:

☐Det tas sikte på å inngå følgende kontraktstyper med en eller flere Leverandører:

Avtale om kjøp og implementering, og drift av en eller flere av deelementene i garantiperioden

Opsjon for ytterligere kjøp av deelementer

Rammekontrakt for senere anskaffelser

Avtale om vedlikehold og support

- (4) Frist for søknad om deltagelse var 24. mars 2003. Den 5. september besluttet innklagede å velge Ementor AS som kontraktspart. Catch Communications AS (heretter kalt «klager») gikk så til sak med krav om midlertidig forføyning for å få stoppet kontraktsinngåelsen, jf lov om offentlige anskaffelser § 8. Klager hadde ikke levert tilbud og hevdet at dette skyldtes mangelfull beskrivelse i kunngjøringen. Dersom kunngjøringen hadde nevnt at avtalen også skulle omfatte tjenester, som konkurransegrunnlaget gjorde, ville klager ha levert tilbud.
- (5) Rettsmøte ble holdt 12. september 2003. Namsretten fant at klager hadde rettslig interesse. I behandlingen av det materielle spørsmålet kom retten til at anskaffelsen hadde vært mangelfullt kunngjort, og at innklagede feilaktig hadde brukt prosedyren konkurranse med forhandling. Retten kom til at det var sannsynlig at den mangelfulle kunngjøringen hadde avholdt saksøker fra å delta i konkurransen. Begjæringen om midlertidig forføyning ble imidlertid ikke tatt til følge med den begrunnelse at sikringsgrunn manglet, og at klagers interesse i å få stoppet kontraktsinngåelse stod i et misforhold til den ulempe forføyningen ville påføre kommunen.
- (6) Kjennelsen ble avsagt 15. september. Innklagede ble da muntlig orientert om at kjennelsen ville bli påkjært. Den 17. september ble kjennelsen påkjært til Borgarting lagmannsrett. Innklagede inngikk så kontrakt med Ementor. Som følge av at midlertidig forføyning ikke lenger kunne besluttet, nedla klager endret påstand om tilkjennelse av saksomkostninger. Kravet ble imidlertid ikke tatt til følge, og klager måtte betale innklagedes saksomkostninger for lagmannsretten.
- (7) Innklagede har beregnet kontraktsverdien av varedelen til rundt 20,5 millioner kr og tjenstedelen til omtrent 4,2 millioner kr.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, og klager har saklig klageinteresse. Også potensielle leverandører har klageinteresse, jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/151. Innklagede tar feil når det antas at klager ikke ville hatt mulighet til å delta i konkurransen. For det første er klagers produktspekter bredere enn innklagede påstår, for det annet var det anledning til å levere tilbud bare på deler av anskaffelsen, for det tredje kunne klager inngitt tilbud på hele anskaffelsen i samarbeid med en annen leverandør.

- (9) I kunngjøringen er anskaffelsen betegnet som vareanskaffelse av datakommunikasjonsutstyr, med tilhørende CVP-kode. Når det ut fra konkurransegrunnlaget fremgår at det samtidig skal anskaffes betydelige tjenesteytelser, innebærer kunngjøringen et brudd på forskriftens § 6-4. Selv om vareelementet utgjør hoveddelen av anskaffelsens verdi, hadde innklagede plikt til å kunngjøre tjenesteanskaffelsen i tillegg, jf kunngjøringsblanketten fra Norsk lysningsblad, der det fremgår at man skal angi CPV-koden både for hovedobjekt og tilleggsobjekt.
- (10) På grunn av manglende kunngjøring har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse hva angår kjøp av tjenester.
- (11) Anskaffelsen hører etter sin verdi og art under del II i forskriften. Det er dermed ikke tillatt å bruke prosedyren konkurranse med forhandling. Forskriftens § 4-2 bokstav c) gjelder for tjenesteanskaffelser og kan ikke gis analogisk anvendelse på vareanskaffelser. Tvert om er det sikker praksis fra EF-domstolen at unntak skal tolkes restriktivt og innskrenkende.

Innklagedes anførsler:

- (12) Klager mangler saklig klageinteresse i å få saken behandlet av klagenemnda. For det første er det helt usannsynlig at klager kunne deltatt i konkurransen, da klager etter eget utsagn bare leverer bredbåndsløsninger som tjeneste. For det andre er saken brakt inn for EFTAs overvåkningsorgan. Når det samme forhold behandles av ESA, bør klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf klagenemndforskriften § 9.
- (13) Når det gjelder spørsmålet om konkurranseform, har klager iallfall ikke saklig klageinteresse. Konkurransereformen kan ha betydning for hvem som blir tildelt kontrakt av leverandørene som deltar i konkurransen, mens det relevante spørsmålet i denne saken er om det er begått en feil som har medført at klager ikke har deltatt i konkurransen. Valg av konkurranseform kan ikke ha hatt betydning for klager.
- (14) Dersom klagenemnda likevel ikke avviser saken på formelt grunnlag, bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

- (15) Kunngjøringen var ikke mangelfull. Innklagede ønsket å kjøpe datakommunikasjonsutstyr med tilhørende drift og service i en garantiperiode, samt nødvendig normal drift til alle faser i prosjektet var ferdig med garantiperioden. Tjenestedelen av prosjektet er rent aksessorisk til varekontrakten, og det vil ikke være realistisk å kjøpe utstyr fra én leverandør og tjenester fra en annen. Tjenesteanskaffelsen skjer bare for garantitiden, og dersom innklagede kjøpte tjenester fra en annen leverandør enn vedkommende som leverte varene, ville det satt innklagede i en vanskeligere situasjon når det gjaldt å få utbedret feil og mangler. Det var derfor med hensikt at driftstjenester ikke ble forespurt separat, og at CPV-kode for driftstjenester ikke er tatt med i kunngjøringen.
- (16) Innklagedes beregninger tilsa at verdien av vareandelen med klar margin ville overstige verdien av tjenesteandelen av kontrakten. I henhold til forskriftens § 2-6 skal anskaffelsen da klassifiseres som en vareanskaffelse. I en periode over 27 måneder, dvs lengden på inngått kontrakt, er fordelingen anslagsvis 83/17, mens fordelingen i et 48-måneders perspektiv er 70/30.
- (17) Når det gjelder valg av prosedyre, er det innklagedes oppfatning at forskriftens § 4-2 bokstav c) gir anledning til å velge konkurranse med forhandling til tross for at det dreier seg om en vareanskaffelse. Det er akseptert at dette unntaket kan brukes på intellektuelle tjenester. Deler av den aktuelle anskaffelsen omfatter intellektuelle innsatsfaktorer, og dette elementet er større enn for mange av de tjenestekjøp hvor det er akseptert at konkurranse med forhandling kan benyttes. Forslaget til nye EU-direktiver aksepterer i større grad prosedyreformen konkurranse med forhandling, da dette kan være nødvendig i slike tilfeller. Forslaget er ikke begrenset til tjenestekjøp.
- (18) Uansett har klagenemnda ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klagenemnda behandler først spørsmålet om klager har saklig klageinteresse etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Bestemmelsen omfatter ikke bare leverandører som har deltatt i den aktuelle konkurransen, men også potensielle deltakere. Dette gjelder så langt det anføres at det er begått en feil som har gjort at vedkommende ikke har deltatt, slik at klager potensielt kunne fått kontrakten dersom det ikke hadde vært begått en feil. I vurderingen av dette spørsmålet må klagers pretensjoner normalt legges til grunn.
- (20) I den aktuelle saken synes klager og innklagede å være enige om at klager iallfall var i stand til å tilby en del tjenester av den art som var etterspurt. Så lenge det var adgang til å inngi tilbud bare på deler av forespørselen, og klager dessuten kunne levert tilbud

på hele forespørselen i samarbeid med en eller flere andre leverandører, kan det ikke utelukkes at klager ville deltatt og blitt tildelt kontrakten.

- (21) Klager har imidlertid bare saklig klageinteresse i å få prøvet om det er begått feil som kan ha ført til at vedkommende valgte å ikke delta. Så vidt klagenemnda kan se, kan valget av konkurranseform i denne saken ikke ha hatt noen betydning for klagers deltakelse i konkurransen eller mulighet for å bli tildelt kontrakt, og dette er heller ikke anført.
- (22) Klagenemnda kommer derfor til at klagers saklige klageinteresse begrenses til å få prøvet om konkurransen ble kunngjort feil.
- (23) Etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9 kan saker avvises dersom de er □uhensiktsmessige□ for behandling i klagenemnda. At samme forhold er klaget inn for EFTAs overvåkningsorgan (ESA), gjør ikke at det er uhensiktsmessig å behandle saken i klagenemnda. ESA behandler spørsmålet om Norge har brutt noen av sine forpliktelser etter EØS-avtalen, mens klagenemnda behandler spørsmål om brudd på den norske lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.
- (24) Partene er enige om at forskrift om offentlige anskaffelser del II kommer til anvendelse, og klagenemnda legger dette til grunn.
- (25) Etter forskriftens § 6-2 skal en anskaffelse gjøres kjent i en kunngjøring i samsvar med § 6-4. I denne saken omfatter kontrakten både en vareanskaffelse og en tjenesteanskaffelse. Riktignok skal anskaffelsen anses som en varekontrakt etter forskriftens § 2-6 (1), da verdien av varene som skal anskaffes overstiger verdien av tjenestene. Dette har imidlertid etter klagenemndas syn, ikke betydning for plikten til å kunngjøre alle deler av anskaffelsen. Ettersom tjenesteanskaffelsen ikke ble kunngjort, brøt innklagede forskriftens § 6-2.
- (26) Verdien av tjenesteanskaffelsen ble beregnet til kr 4,1 millioner. Den var dermed underlagt kravene til anskaffelsesprosedyre i § 4-1 og kravene til kunngjøring i § 6-2. Sett hen til viktigheten av at konkurranser kunngjøres forskriftsmessig og anskaffelsens relativt betydelige omfang, anser klagenemnda feilen for vesentlig. Klager hadde dessuten gjort kommunen oppmerksom på forholdet før kommunen inngikk kontrakten.

(27) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser §§ 4-1 og 6-2 ved at tjenstedelen av kontrakten ikke ble kunngjort.

For klagenemnda,
9. august 2004

Björg Ven