

Min eksamensbesvarelse

I denne besvarelsen vil jeg ta stilling til de rettslige problemstillingene i Storevik kommunes anskaffelse av renholdstjenester for Solvik sykehjem.

1. Gjelder anskaffelsesregelverket for Storevik kommune?

Lov om offentlige anskaffelser (heretter loa) og forskrift om offentlige anskaffelser (heretter foa) gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, jf. loa § 2 første ledd og foa § 1-2 (1). Storevik kommune er en kommune, og regelverket gjelder derfor.

2. Gjelder anskaffelsesregelverket for anskaffelsen det her er snakk om?

Loa og foa gjelder for anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som er omfattet av regelverket, jf. loa § 3 første ledd første punktum og foa § 1-3 (1). Storevik kommune skal kjøpe renholdstjenester fra en aktør som leverer slike. Det inngås dermed en gjensidig bebyrdende avtale, jf. foa § 4-1 a og d. Regelverket gjelder for anskaffelsen.

3. Hvilken del av regelverket kommer til anvendelse?

Kommunen har anslått verdien av anskaffelsen til 1,5 millioner kroner pr. år. Kontraktens lengde er satt til fire år. Faktum sier ingenting om opsjoner, så jeg går ut fra at fire år er maksimal kontraktstid.

Hvilke deler av regelverket som kommer til anvendelse avhenger av kontraktens verdi. Foa del I gjelder alle anskaffelser omfattet av regelverket, jf. foa § 2-1 (1).

Den totale kontraktsverdien beregnes ved å se hele kontraktsperioden under ett, jf. foa § 2-3 (1). Kontrakten får dermed en verdi på 1,5 millioner kroner x 4 år, altså 6 millioner kroner. Dette er over EØS-terskelverdi for tjenestekjøp, jf. foa § 2-2 (1). Utgangspunktet er dermed at foa del I og del III kommer til anvendelse for den konkrete anskaffelsen, jf. foa § 2-1 (4).

For tjenestekjøp er det imidlertid ikke tilstrekkelig å se på kontraktens verdi. Også typen tjeneste som anskaffes er relevant. For anskaffelser av uprioriterte tjenester angitt i foa vedlegg 6, gjelder reglene i del I og del II uavhengig kontraktens verdi, jf. foa § 2-1 (5). Det avgjørende blir dermed om renholdstjenester er prioriterte eller uprioriterte tjenester, jf. hhv. foa vedlegg 5 og 6. At regelverket er oppdelt slik har sammenheng med EU-direktivenes anvendelsesområde. Foa del III gjennomfører reglene Norge har forpliktet seg til å følge etter EØS-avtalen, og hvis verdi potensielt har interesse for leverandører i hele EØS-området. (Bakken & Nordby 2013 s. 21-22).

Foa vedlegg 5 kategori (16) angir "Kloakk- og avfallstømming, rensing og liknende tjenester" som prioriterte tjenester. Renholdstjenester må rimeligvis kunne anses som omfattet av denne kategorien, særlig ettersom dette er tjenester som ikke krever lokal eller nasjonal spesialkompetanse (i motsetning til f.eks. juridiske tjenester, som klassifiseres i foa som uprioriterte tjenester).

Konklusjon: Kommunen anskaffer en prioritert tjeneste over EØS-terskelverdi. Del I og del III i forskriften kommer til anvendelse.

4. Har kommunen bestemt kontraktens lengde i tråd med regelverket?

Offentlige kontrakters varighet er i liten grad regulert i anskaffelsesregelverket, og det er kun rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger som er gitt en eksakt tidsbegrensning (4 år) (Bakken & Nordby 2013 s. 43). For å vurdere om kontraktens lengde er rimelig, må hensynet til og ønsket om konkurranse veies mot fordelene ved å ha samme leverandør over lengre tid. Også kontraktens konsekvenser i form av behov for anskaffelse av utstyr, anlegg, etablering av infrastruktur mv. må tas med i betraktningen. Storevik kommune har gitt herværende kontrakt en varighet på 4 år, hvilket må kunne sies å være innenfor regelverkets rammer, dog likevel kanskje i lengste laget, tatt i betraktning kontraktens relativt lave krav til investeringer i utstyr mv., samt tjenestens art.

Konklusjon: Kontraktens varighet på 4 år er innenfor regelverket.

5. Har oppdragsgiver valgt en lovlig konkurranseform?

Kommunen har valgt begrenset anbudskonkurranse som konkurranseform, jf. foa § 4-2 b. Prosedyren angir at kun de tilbyderne som blir invitert til å delta etter en prekvalifisering, får levere tilbud.

Begrenset anbudskonkurranse er en lovlig konkurranseform både etter del II og del III i foa, jf. hhv. § 5-1 og § 14-1 (1).

Konklusjon: Kommunen har valgt en lovlig konkurranseform.

6. Har kommunen foretatt en lovlig kunngjøring av konkurransen?

Kommunen lyste ut den begrensede anbudskonkurransen i Doffin 25. mai. For anskaffelser som skal gå etter foa del III, skal kunngjøringen skje samtidig i Doffin og TED, jf. foa § 18-1 (4). Det ser her ut til at kommunen har lyst ut konkurransen etter foa del II, der det kun er nødvendig med kunngjøring i Doffin, jf. foa § 9-1 (3).

Etter foa § 4-1 q er en ulovlig direkteanskaffelse skjedd hvis oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin, mens det etter regelverket foreligger en plikt til å kunngjøre i TED.

Konklusjon: Kommunen skulle ha kunngjort konkurransen etter reglene i foa del III, jf. også besvarelsens spm. 3. Det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, jf. foa § 4-1 q.

(Om kommunen var i tvil om hvilken del av regelverket som gjelder, kunne de ha foretatt en intensjonskunngjøring, og dermed unngått sanksjoner senere.)

7. Har oppdragsgiver satt lovlige frister i alle deler av konkurransen?

Etter foa del II skal frist for forespørsel om deltakelse og innlevering av tilbud fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å innhente nødvendig dokumentasjon, og foreta nødvendige undersøkelser og beregninger, jf. foa § 10-1.

Etter foa del III er fristen for mottak av forespørsel om deltakelse etter kunngjøring av begrenset anbudskonkurranse 30 dager. Fristen for mottak av tilbud etter utsendelse av skriftlig invitasjon er 40 dager (Veileder til reglene om offentlig anskaffelser s. 157). Frister etter foa del III er regulert i kapittel 19. Her gjelder foa § 19-2.

Kommunen ga leverandørene 15 dager frist for å melde sin interesse for konkurransen. Deretter fikk utvalgte leverandører 42 dager på å levere inn tilbud (20. juni-1. august). Vedståelsesfristen ble satt til 15. september.

Konklusjon: Dersom kommunen rettmessig hadde kunngjort etter foa del II, hadde fristene være rimelige (etter mitt skjønn), dvs. at leverandørene ble gitt tilstrekkelig tid. Ettersom kommunen skulle ha kunngjort etter del III, foreligger klare fristbrudd, både for å melde interesse for konkurransen (prekvalifiseringen) og for innlevering av tilbudet. Kommunens frister er for korte.

Vedståelsesfristen skulle vært angitt med dato og klokkeslett, jf. foa § 10-2 (1) (del II) og § 19-6 (1) i utlysningen.

8. Har oppdragsgiver stilt lovlige leverandørkrav?

Leverandørkravene skal sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsen, jf. foa § 8-4 (2) (del II) og § 17-4 (2) (del III). Erfaring, generelle kapasitetskrav etc. er normalt krav som kun kan settes som leverandørkrav (ikke krav til tilbudet).

I begrensede anbudskonkurranser er oppdragsgiver nødt til å stille krav til leverandørene for å kunne velge ut leverandørene som skal inviteres til å inngi tilbud.

Kravene skal være forholdsmessige for den konkrete anskaffelsen, jf. foa § 3-1.

Kommunen har stilt kriteriene økonomisk og finansiell kapasitet, referanser og gjennomføringsevne som krav til leverandørene. Etter mitt skjønn er kriteriene egnet til å vurdere leverandørenes egnethet til kontraktsoppfyllelse, jf. over. Spørsmålet blir om kriteriene er forholdsmessige. Kravet om minimum 1,5 mill NOK i omsetning siste regnskapsår kan her være noe tvilsomt, ettersom omsetningen tidligere ikke nødvendigvis sier noe om leverandørens egnethet for herværende leveranse. Samtidig kan kravet bidra til å ekskludere nyetablerte og mindre leverandører som ønsker å ekspandere, og dermed begrense konkurranse. Å avgjøre hvorvidt det er en reell fare for dette i den konkrete anskaffelsen, krever imidlertid større kunnskap om markedet.

Tilsvarende synes kravet om referanser å være for omfattende for denne konkurransen, ettersom det forutsettes konkret erfaring med vask av sykehjem. Det må kunne antas at vask av sykehjem ikke er nevneverdig annerledes enn vask av andre institusjoner (med døgnbeboere eller ikke), og kravet kan dermed bidra til å redusere konkurransen (antall tilbydere).

Kommunen har videre forutsatt at 5 tilbydere skal velges til å delta i konkurransen. Antallet er i tråd med regelverket, jf. foa § 17-6 (3) (del III) og § 8-6 (3) (del II).

Konklusjon: Kommunens krav til leverandørene er innenfor regelverket ut fra opplysningene som foreligger, men kravene til omsetning og referanser er på grensen til hva som kan aksepteres mht. forholdsmessighet.

9. Har oppdragsgiver stilt lovlige krav til dokumentasjon av leverandørkravene?

Kommunen har stilt krav om dokumentasjon av leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet og referanser. Til kravet om gjennomføringsevne sier ikke faktum noe om dokumentasjon. Kommunen har også stilt krav om at leverandørene skal levere skatteattest og egenerklæring om HMS. Sistnevnte er i tråd med foa. § 3-3 og 3-4, samt tilsvarende bestemmelser i del II og del III. Skatteattestkravet gjelder kun for norske leverandører, hvilket bør fremgå av kunngjøringen, særlig ved kunngjøring etter del III.

Konklusjon: Etter regelverkets del II synes kravene til dokumentasjon å være lovlige, men ettersom del III stiller strengere krav til dette, har kommunen brutt reglene, jf. foa §§ 17-8 og 17-9

Kommunen har ikke brutt reglene om krav til HMS-egenerklæring og skatteattest, forutsatt at de ikke har krevd skatteattest fra utenlandske leverandører.

10. Har kommunen stilt lovlige krav til tilbudene?

Kommunen vil velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. For å gjøre dette har de satt kriteriene pris, kvalitet, kundeservice og miljøegenskaper.

Tilbudskriteriene må knytte seg til kontraktsgjenstanden for at de skal være lovlige. Pris, kvalitet og kundeservice må sies å ha en tilknytning til det som leveres, og er dermed lovlig. Foa åpner også for å sette miljøegenskaper som tildelingskriterium, jf. foa § 22-2 (2) (del III) og § 13-2 (2) (del II). Kommunen har imidlertid presisert miljøkriteriet i konkurransegrunnlaget, og det fremgår at de der vil legge vekt på om leverandøren kildesorterer eget avfall blant annet. Dette synes å la liten tilknytning til kontraktsverdien, og er dermed ikke et krav som kan stilles.

Etter foa del II kan oppdragsgiver la være å oppgi vektingen av kriteriene hvis han ikke har bestemt seg for denne før utlysningen, jf. foa § 13-2 (1). Det er tilfellet for kommunen her.

Dette er annerledes etter foa del III, der angis det at kommunen må opplyse om den relative vektingen av kriteriene ved utlysning, jf. foa § 22-2 (2).

Det er problematisk at kommunen ikke har presisert kriteriene kvalitet og kundeservice. Dette gjør det vanskelig for leverandørene å vite hvordan kommunen vil vurdere tilbudene, og gjør anskaffelsen lite forutberegnelig, jf. de grunnleggende kriteriene.

Konklusjon: Kommunen har ikke blandet leverandørkrav og krav til tilbudet, men de har unnlatt å oppgi kriterienes relative vektning (krav etter del III), de har stilt et krav til miljøaspekter som ikke kan stilles og de har ikke presisert hva kriteriene innebærer, hvilket gjør konkurransen lite forutberegnelig for leverandørene.

11. Har kommunen anledning til å foretrekke leverandører med base i kommunen foran andre leverandører?

Kommunens anføring om at de vil foretrekke leverandører med base i kommunen hvis leverandørene kom likt ut, er ulovlig og i strid med likebehandlingskravet.

12. Har kommunen vurdert tilbyderne i tråd med regelverket og kunngjøringens anførsler? Skulle noen leverandører vært avvist fra konkurransen?

Metode Renhold glemte å vedlegge HMS-egenerklæring og fikk en tilleggsfrist til å levere dette. Kommunen har anledning til å gi slik frist, jf. foa § 12-3 (del III) og § 21-3 (del II).

Kommunen valgte å se bort fra kriteriet om miljø i sin evaluering av tilbudene. Dette er i strid med forutberegnelighetskravet og kommunen har brutt regelverket her.

Tilbyderne skulle iht. utlysningen levere minst tre referanser knyttet til vask av sykehjem. Skinnende Rent AS har levert en slik referanse, samt to referanser fra vask av sykehus. Dette er ikke i tråd med kravet og fører til at tilbudet til Skinnende Rent AS blir vanskelig å bedømme i forhold til de andre tilbudene. Skinnende Rent AS burde vært avvist fra konkurransen, jf. foa § 11-11 f. (del II) eller foa § 30-13 f. (del III).

Konklusjon: Kommunen endret tildelingskriteriene underveis i konkurransen, hvilket innebærer et brudd på regelverket. Tilbyderen Skinnende Rent AS skulle vært avvist fra konkurransen fordi de ikke oppfylte kravene satt i kunngjøringen (referanser, erfaring fra tidligere).

13. Har kommunen meddelt kontraktstildelingen i tråd med regelverket?

Kommunen sendte melding om tildeling til alle leverandørene som hadde levert tilbud, men de skulle sendt denne til alle leverandørene som hadde meldt sin interesse ("berørte leverandører"), jf. foa § 20-16 1. og 22-3 1. (del III), samt foa § 11-14 og 13-3 (del II).

14. Har Metode Renhold klagerett / kan de klage til KOFA?

Metode Renhold har deltatt i konkurransen og har klagerett (saklig interesse), jf. KOFA-forskriften § 6 andre ledd første punktum.

Det er ikke krav om at klager fremsettes for oppdragsgiver først, dvs. at Metode Renhold kan sende klagen direkte til KOFA, slik de har gjort.

15. Kunne kommunen lovlig inngå kontrakt med Skinnende Rent AS 21. september?

For å hindre kontraktsinngåelse, må det fremsettes krav om midlertidig forføyning innen utløpet av karenperioden, jf. foa § 13-3 (del II) og § 22-3 (del III). Slikt krav er ikke fremsatt, og kommunen kunne dermed inngå kontrakt. At det er begått feil underveis i prosessen som gjør at konkurransen skulle vært avlyst, hindrer ikke lovlig gjennomføring av selve kontraktsforretningen. Kontrakt ble imidlertid inngått etter vedståelsesfristens utløp, og vedståelsesfristen må ha blitt forlenget for at kontrakt kunne inngås.

16. Kan KOFA behandle klagen?

KOFA kan behandle klager som gjelder unnlatelser, handlinger og beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser, jf. KOFA-forskriften § 6 første ledd.

KOFA har ikke anledning til å gå utenom partenes anførsler, jf. KOFA-forskriften § 12 tredje ledd. KOFA kan ikke uttale seg om rettslige konsekvenser av brudd på regelverket, jf. KOFA-forskriften § 12 andre ledd, herunder erstatningsmuligheter.

Konklusjon: KOFA kan behandle klagen, men klagen har ikke oppsettende virkning og KOFA kan ikke ta stilling til erstatningsspørsmålet.

17. Konklusjon

Det er begått flere feil i Storevik kommunes anskaffelse av renholdstjenester til Solvik sykehjem. Den mest alvorlige er at feil del av regelverket er benyttet, hvilket gjør anskaffelsen til en ulovlig direkteanskaffelse. Den eneste måten kommunen kunne ha reparert feilen på er å avlyse konkurransen og eventuelt lyse den ut på nytt. Leverandørene ville kunne hatt krav på erstatning, i det minste for negativ kontraktsinteresse.