



Anskaffelser uten kunngjøring eller konkurranse er unntaket – også i krisetid



Line Voldstad
Partner, Avdelingsleder
regulatorisk og FPR



Morten Gullhagen-Revling
Lead Lawyer

Artikkelen ble opprinnelig publisert i *Dagens Medisin* 14. mai, kan leses [her](#), og er gjengitt nedenfor.

Uten kunngjøring og konkurranse vil potensielle leverandører gå glipp av betydelige muligheter, ikke bare for kontrakten, men vil også miste potensielle tilleggskjøp. Som hovedregel er at direkteanskaffelser ulovlige, også i krisetider.

Den siste tiden har vært spesiell og offentlige oppdragsgivere har støtt på behov som må dekkes raskt: Så raskt at det i noen tilfeller blir utført en direkteanskaffelse ved at oppdraget/kontrakten ikke er kunngjort – eller at det ikke er gjennomført en konkurranse overhodet. For at man lovlig skal gjøre dette, må oppdragsgiveren ha rettslig grunnlag for handlingen.

Dersom oppdragsgiveren ikke har rettslig grunnlag, er dette en ulovlig direkteanskaffelse og et alvorlig brudd på anskaffelsesregelverket. Konkurranse er et av de grunnleggende hensynene i regelverket.

Mister muligheter

Uten kunngjøring og konkurranse vil potensielle leverandører gå glipp av betydelige muligheter, ikke bare for kontrakten, men også potensielle tilleggskjøp.

Eksempelvis har Folkehelseinstituttets anskaffelse av Smittestopp-appen blitt innklaget til Klagenemnda for offentlige anskaffelser fordi klagerne mener at kontrakten skulle ha vært kunngjort og dermed gjenstand for konkurranse. Det er uansett grunn til å frykte at mange kontrakter har blitt inngått direkte, uten verken kunngjøring eller konkurranse – begrunnet i den ekstraordinære situasjonen man har vært og fremdeles er i. Dette gjelder særlig helsevesenets kjøp av medisinsk utstyr og annet beredskapsutstyr.

Nedenfor ser vi på vilkårene for når en direkteanskaffelse unntaksvis vil være lovlig, og hva leverandørene kan gjøre dersom oppdragsgiveren ikke har kunngjort eller gjennomført en konkurranse.

Oppdragsgivers ansvar

Alle kontrakter som er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser, skal kunngjøres der kontraktsverdien overstiger nasjonal eller europeiske terskelverdier inntatt i anskaffelsesforskriftens §§ 5-1 og 5-3. Kunngjøringsplikten har nær sammenheng med kravet til konkurranse slik at alle potensielle leverandører kan bli kjent med oppdraget og få mulighet til å inngi tilbud. Det finnes imidlertid unntak fra dette utgangspunktet, og det er oppdragsgiveren som har ansvar og risikoen for å kunne dokumentere at vilkårene for å benytte unntaksreglene, er oppfylt.

I den aktuelle koronasituasjonen er det særlig relevant å fremheve anskaffelsesforskriften § 13-3, bokstav e) som angir vilkårene for å kunne gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Bestemmelsen krever konkurranse, noe som innebærer at minst tre potensielle leverandører må inviteres til å inngi tilbud.

Kravene for unntak

For å at unntaket skal kunne benyttes, må det være:

- **umulig å overholde fristene** for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Dette innebærer at vanlig kunngjøringstid på 30 dager, evalueringstid og en klagefrist på ti dager, er for lenge å vente; det vil si fra en og en halv måned til to måneder, og
- **forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren**, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse som er årsak til at vanlige konkurranse ikke kan holdes. Det må med andre ord være årsakssammenheng mellom en uforutsett situasjon og at det er umulig å gjennomføre en vanlig konkurranse.

Selv om vilkårene skulle være oppfylt, er det verdt å merke seg at det ligger en betydelig begrensning i bestemmelsens eksplisitte presisering av at «Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig».

Videre gir anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav a) grunnlag for å gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom det «er umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3». Det må altså ikke være tid til å innhente tre tilbud, evaluere disse og tildele kontrakt med et omfang som ikke er større enn strengt nødvendig. Bestemmelsen er forbeholdt de helt ekstraordinære situasjoner.

Alvorlig lovbrudd

Dersom unntakene brukes uten at vilkårene er oppfylt, vil det foreligge en ulovlig direkteanskaffelse fordi kontrakten skulle ha vært kunngjort: Med andre ord et alvorlig brudd på anskaffelsesregelverket.

EU-kommisjonen har i relasjon til koronasituasjonen fremhevet at unntakene ovenfor «remains exceptional», og at vilkårene for å ta i bruk unntakene, må fortolkes strengt. Den norske veilederen til anskaffelsesregelverket angir at uforutsatte omstendigheter eksempelvis kan være «at det er nødvendig å foreta en anskaffelse for å skaffe livsnødvendige varer, som medisiner, matforsyning eller lignende». Det er med andre ord en høy terskel for at unntakene i det hele tatt kan benyttes.

Ved valg mellom forhandlet prosedyre uten kunngjøring og direkte tildeling uten konkurranse fremgår det av retningslinjene til EU-kommisjonen at direkte tildeling uten konkurranse bare vil være aktuelt der det kun finnes én mulig leverandør som vil være i stand til å levere varen eller tjenesten innen den svært korte tidsfristen.

Begrunnelsen

Hvorvidt vilkårene er oppfylt, vil alltid avhenge av den aktuelle anskaffelsen og behovet som skal dekkes. Det vil være nærliggende å se på:

- *Hvor uventet var behovet? Koronaviruset var kjent allerede i desember 2019 og potensiell spredning allerede på nyåret.*
- *Er mangelen på det som ønskes kjøpt snarere et uttrykk for dårlig planlegging, enn at forelå en situasjon man ikke kunne forutse?*
- *Er omfanget større enn det som strengt tatt er nødvendig? Er det eksempelvis inngått en kontrakt med varighet i eksempelvis syv måneder, eller at levering skjer suksessivt gjennom disse syv månedene? Behovet kunne kanskje være prekært de første to-tre månedene, mens man i parallell kunne ha gjennomført en vanlig anskaffelse med kunngjøring og konkurranse for å dekke resten av tiden.*
- *Har oppdragsgiveren vurdert muligheten for å forkorte de alminnelige fristene i vanlige konkurranser som anskaffelser gir.*
- *Er det kun én enkelt aktør som kan dekke behovet der det er valgt å gjennomføre konkurranse overhodet.*
- *Har oppdragsgiveren begrunnet valget av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring eller anskaffelse uten konkurranse?*

Klagemuligheter

Der en kontrakt ikke er kunngjort eller det ikke er avholdt konkurranse, kan grunnlaget for dette påklages av potensielle leverandører som ikke har fått anledning til å delta i konkurransen. I tillegg kan det foreligge brudd på statsstøttereglene idet kjøpet ikke har vært gjenstand for konkurranse. Dermed er det ikke sikkert at oppdragsgiver betaler det markedet kan tilby i en konkurransesituasjon (markedsverdi).

Utfordringen ved direkteanskaffelser er at med mindre en intensjonskunngjøring er utført, er det i utgangspunktet ikke lett å vite at kontrakt faktisk inngås. Markedsaktørene har generelt god oversikt, men her gjelder det å ha innsikt i hva som skjer hos en potensiell kunde i det offentlige og stille spørsmål om hvem som får kontrakten hvis man ikke kan se at det ikke er kunngjort noen konkurranse om oppdraget. Dernest er det nærliggende å spørre om kontraktsverdien – og om hvilket grunnlag den offentlige oppdragsgiveren legger til grunn for manglende kunngjøring og konkurranse.

Om det virker som om oppdragsgiveren ikke har rettslig grunnlag for å unnta kontrakten fra kunngjøring og konkurranse, kan saken klages inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelse, noe som har skjedd for FHIs anskaffelse av Smittestopp-appen.

Dersom Klagenemnda for offentlige anskaffelser kommer til at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, kan et overtredelsesgebyr, maksimalt tilsvarende 15 prosent av kontraktsverdien, ilegges oppdragsgiveren.

Rettslig prøving

Dessuten kan saken tas inn for domstolene. Dersom domstolen mener det ikke er rettslig grunnlag for å unnlate kunngjøring eller gjennomføre en konkurranse, kan kontrakten kjennes uten virkning eller avkortes i tid. Blir dette konstatert, vil oppdragsgiveren tvinges til å gjennomføre en konkurranse om behovet fremdeles er tilstedeværende.

Den offentlige oppdragsgiveren kan redusere risikoen ved å kunngjøre en intensjon om å inngå en kontrakt med en bestemt leverandør – intensjonskunngjøring – og da begrunne hvorfor man mener unntak for unnlatt alminnelig kunngjøring og konkurranse er oppfylt. Slik skal andre potensielle leverandører gis mulighet til å protestere på en kontraktstildeling man ikke har fått anledning til å konkurrere om. Dersom kontrakten inngås ti dager etter at intensjonskunngjøringen er kunngjort, og ingen har protestert, kan overtredelsesgebyr ikke ilegges eller kontrakten kjennes uten virkning.

Viktig å passe på

Vi har imidlertid ikke funnet eksempler på slike kunngjøringer i relasjon til direkteanskaffelser for å møte behov på grunnlag av korona-pandemien. Vi vil derfor anbefale leverandører til:

- *å være i kontakt med potensielle offentlige oppdragsgivere og bli kjent med behovene som skal oppfylles. Dette for å kunne synliggjøre egne ytelser og ikke minst øke muligheten for å protestere på tildelinger som ellers ikke gjøres kjent gjennom kunngjøringsinstituttet,*
- *å overvåke relevante medier der nyheter publiseres om behov som eksempelvis sykehusene har, og ikke minst doffin.no, hvor vanlige konkurranser og intensjonskunngjøringer kunngjøres,*
- *å opptre samlet overfor oppdragsgiverne hvor det fremheves at behov også kan dekkes gjennom alminnelig konkurranse.*

Markedet, oppdragsgivere og leverandørene har interesse av den konkurransen som sikres gjennom anskaffelsesregelverket. Dette kan leverandørene bidra til å sikre gjennom å utfordre oppdragsgiver når kontrakter inngås uten kunngjøring eller konkurranse. Huskeregelen er at som hovedregel er direkteanskaffelser ulovlige, også under krise.