



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

■ Nyhetsbrev fra KOFA

Hei alle saman!

Då skriv vi ultimo september og det er på tide å innsjå at hausten allereie er godt i gang. Dette inneberer mellom anna at det snart er tid for KOFA sin årlege fagkonferanse. På konferansen i år har vi valt å setje søkjelyset på viktige tema, som avvising av leverandørar som følgje av korrupsjon, i kva grad offentlege anskaffingsprosessar skal og bør vere gjennomsigte, og kva nye reglar som vert skipa av nytt EU-direktiv og korleis dette vil endre norske reglar. I tillegg kjem ESA på besøk frå Brussel og fortel oss litt om seg sjølv og dei viktigaste anskaffingssakene dei har handsama i det siste. Til slutt vil du også få høyre om nokre av dei viktigaste sakene som KOFA har handsama sidan førre fagkonferanse. Dette er derfor absolutt noko du bør få med deg!

Fagkonferansen i år vert heldt i Egget på studentsenteret i Bergen. Konferanseavgifta er på 750 kroner og inkluderer enkel servering.

For påmelding og fullstendig program, sjå www.kofa.no

Velkommen!



Erlend Pedersen, sekretariatsleder

■ Tenester som vert utført for det offentlege utgjer i visse tilfelle ikkje kontrakt

I klagenemndas avgjerd 2. september 2013 i sak 2011/293 handsama klagenemnda vilkåret om at det må tildelast ein offentlig kontrakt for at regelverket for offentlege anskaffingar skal nyttast. Dette er eit vurderingstema som sjeldan kjem opp for nemnda. Nemnda fann at tenestane ikkje utgjorde kontrakt. Tenestane som skulle utførast var blant anna lovpålagt. Dette visar at det finst eksempel på tenester som utførast for det offentlege som ikkje vert sett som kontrakt i anskaffingsregelverket sin forstand.

Denne saken gjaldt spørsmål om det var tildelt ein offentlig kontrakt etter regelverket, når Arbeids- og velferdsetaten innhentar spesialisterklæringar og uttalingar frå samarbeidande spesialistar, med heimel i folketrygdlova § 21-4.

Klagar førte fram at Arbeids- og velferdsetaten hadde gjennomført ulovlege direkte anskaffingar

ved bruk av spesialistar i tilknytning til medisinske spesialistutgreiingar, utan at dette var kunngjort etter anskaffingsregelverket. Den innklaga viste til at utgreiingane ikkje var basert på gjensidig byrdande avtale mellom partane og at samarbeidsavtalane som i visse høve vert brukt, utlukkande var grunngjeve i praktiske årsaker.

Klagenemnda måtte først ta stilling til om anskaffingane i saken var omfatta av regelverket, og dermed om Arbeids- og velferdsetaten sin bruk av spesialistar utgjorde offentlege kontraktar, etter forskrifta sin definisjon i § 4-1 bokstav a. Nemnda konstaterte at regelverket etter dette føresegnet vert nytta når pliktane mellom partane vert ytt med utgangspunkt i ein kontrakt. Dersom pliktane ystast på anna grunnlag, for eksempel lov eller administrativ føresegn, vil det ikkje verte omfatta av regelverket.

Nemnda viste til relevant praksis frå EU-domstolen, mellom anna sak C 203/11 som for eksempel viser at sjølv om ein avtale har heimel i lov, kan det ikkje sjåast vekk frå at eit samarbeid kvilar på avtale.

Deretter vurderte nemnda folketrygdlova § 21-4, 2. ledd. Første setning seier at: "Helsepersonell plikter etter krav fra Arbeids- og velferdsetaten, Helsedirektoratet eller det organ Helsedirektoratet bestemmer å undersøke eller intervju en pasient og gi de erklæringer og uttalelser som er nødvendige for å kunne vurdere rettigheter og plikter etter loven her". Nemnda konstaterte også at føresegna ikkje regulerer korleis erklæringane vert innhenta.

Nemnda kom deretter fram til at når det var klart at plikta til å utarbeide spesialisterklæringane og uttalingane oppstod direkte av lovpålegget i folketrygdlova § 21-4, og det ikkje var føresett at det skulle verte inngått nærare avtale mellom partane om dette, eller at det var høve for partane å forhandle om vilkår knytta til erklæringane og uttalingane, kunne ikkje tenesta som vart utført sjåast som kontrakt i regelverket sin forstand. Dette måtte leggjast til grunn uavhengig av kva måte spesialistuttalingane vart innhenta på.

■ Lengre kontraktvarigheit kan stundom verte godtekne

I klagenemnda si avgjerd 16. september i sak 2013/66 vurderte klagenemnda mellom anna om 10 års kontraktvarigheit, med åtgang til seks månaders oppseiingsfrist for anskaffing av kontrakt for bedriftshelsetenester, var i tråd med anskaffingsregelverket. Nemnda godtok 10 års kontraktvarigheit, som viser at det i visse tilfelle kan verte godtatt lengre kontraktsperiodar, dersom oppdragsgjevar godtgjer at det er gode grunnar for dette i det enkelte tilfellet.

Klager førte fram at ei tidsavgrensing som gitt i regelverket for rammeavtalar måtte gjelde tilsvarende for ordinære kontraktar, og at kontrakten innebar ei ulovleg direkte anskaffing for den perioden som oversteig fire år. Den innklaga viste til at årsaka til lang kontraktvarigheit var eit ønske om å redusere kostnadene.

Klagenemnda viste til at det i regelverket ikkje er gitt eksplisitte reglar om varigheit som kan nyttast ved inngåing av kontraktar om løypande tenesteytingar, utover det som gjeld for rammeavtalar i § 6-1 (4) og for dynamiske innkjøp, jf. § 6-4 (8). Nemnda viste og til klagenemndas sak 2010/23. Her uttalte nemnda at føresegna i §§ 6-1 (4) og 6-4 (8) ikkje kan overførast på kontraktar om levering av varer og tenester, men at kravet til konkurranse i lova § 5 kan verte ein skranke mot "kontrakter av meget lang varighet utan at oppdragets art eller innhald tilsier dette,

og hvor konkurransemomentet svekkes av den grunn". Dette med referanse til EU-domstolen si sak C 454/06 "Pressetext", som i motsetnad til saka som låg føre, gjaldt ein avtale som ikkje var avgrensa i tid. Klagenemnda hadde også lagt til grunn at det ved vurderinga av avtalar si varigheit er relevant å leggje vekt på dei same momenta som kan grunngje unntak frå avgrensing i tid for rammeavtalar.

I vurderinga av den førelagde saken la klagenemnda deretter til grunn at val av kva varigheit ein kontrakt skal ha, i utgangspunktet er eit val som er underlagt oppdragsgjevar sitt innkjøpsfaglege skjønn. I dette tilfellet var det ikkje tale om ein rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning og dermed stilte ikkje regelverket opp nokre eksplisitte avgrensingar for kva varigheit ein avtale kan ha. Den innklaga hadde grunngjeve valet om 10 års kontraktvarigheit, med eit ønske om å redusere kostnadane. Den innklaga hadde i samband med dette vist til at tiårsavtalar hadde resultert i sparte kostnader på 30-40 %, og at ein i denne konkurransen fekk ein spart kostnad på 32 %. Den innklaga sparte også interne ressursar ettersom det sjeldnare vart naudsynt å kunngjere konkurransar. Nemnda fastslo etter dette at den innklaga sitt val av ein kontraktperiode på 10 år i dette tilfellet var innanfor rammene av den innklaga sitt innkjøpsfaglige skjønn.

■ Anskaffing av fleire kurs – éi anskaffing?

Av og til må anskaffing av fleire ulike kurs verte sett som éi anskaffing. Dette illustrerer klagenemnda si avgjerd i sak 2011/165, som gjaldt Høgskulen i Ålesund si anskaffing av 4 forskjellige tryggleiks- og beredskapskurs til studentar ved Høgskulen i Ålesund.

Sjølv om det var ulike studentar som skulle gå på dei ulike kursa, hadde den innklaga bedt om eit samla tilbod på alle kursa frå to ulike leverandørar samtidig. Klagenemnda fann då, ut frå forskriften § 2-3 (7), at verdien av alle kursa måtte summast saman når anskaffinga sin verdi skulle reknast. Når dette vart gjort, oversteig anskaffinga sin verdi den nasjonale terskelverdien på kroner 500 000.

Sidan anskaffinga ikkje var kunngjort, konstaterte klagenemnda at det låg føre ei ulovleg direkte anskaffing. Vidare fann nemnda også at skuldkravet var oppfylt og påla etter dette eit overtredingsgebyr på kroner 50 000, som utgjorde om lag 7,5 % av anskaffinga sin verdi.



■ KOFA si første sak i stornemnd

Klagenemnda har no handsama si første sak i stornemnd, sak 2011/265 NCC Construction mot Statens vegvesen Region Midt. Med stornemnd vert det meint at saka handsamast av 5 nemndmedlemmer i staden for 3. Denne ordninga vart innført ved den førre endringa av klagenemndforskrifta som tredde i kraft 1. mars i år.

Stornemnd kan bli nytta i saker av prinsipiell betyding. Saka gjaldt bygging av ein ny tunnel og tilstøytande vegar frå Sunndalsøra til Modalen i Sunndalen kommune, og i konkurransegrunnlaget hadde Statens vegvesen Region Midt teke avgjerd om at prisen på rekningsarbeid på maskiner skulle "gjenspeile de faktiske kostnadene" og at "Time- prisen skal inkludere påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste, men eksklusive merverdiavgift".

Idet klagar hadde prisa nokre av desse postane til kr. 1, og andre postar ifølge den innklaga vart

sett altfor høgt, vart tilbodet avvist med heimel i forskrifta § 20-13 (2) bokstav a. Klagar førte fram at avvisinga var i strid med regelverket fordi det oppstilte krav til prising på de aktuelle rekningssarbeider måtte sjåast ulovleg på tre forskjellige grunnlag;

1. Sidan den innklaga ikkje eksplisitt hadde angitt i kroner kva som ville vere den øvre og nedre akseptable pris, mangla tilbydarane eit forsvarleg grunnlag til å inngi tilbod,
2. Fordi kravet måtte sjåast å bryte med anskaffingsrettslege prinsipp, ettersom taktisk prising fullt ut er lovleg, og
3. Fordi kravet måtte sjåast uproporsjonalt fordi den innklaga heller kunne ha anslått riktig mengd på de rekningsarbeider som var bedt prisa.

Klagenemnda tok avgjerda om å handsame saka i stornemnd fordi det er av prinsipiell betyding kva krav oppdragsgjevar kan stille til utforminga av prisen på leverandørane sine tenester, i en konkurranse der pris er eit tildelingskriterium og oppdragsgjevar stiller slike krav for å motverke taktisk prising. Sidan oppdragsgjevar sin åtgang til å stille krav i konkurransegrunnlaget for å motverke taktisk prising ikkje er direkte regulert i loven eller forskriftene om offentlige anskaffingar, måtte klagenemnda vurdere det i denne konkurransen oppstilte krav på bakgrunn av dei grunnleggjande anskaffingsrettslege prinsippa.

Det vart uttalt at det må sjåast fullt ut i samsvar med føremålet med regelverket at oppdragsgjever søker å sikre seg mot taktisk prising, som kan føre til at det beste tilbodet ikkje vert anteke. På den andre sida er det i priskonkurransar leverandørane som i utgangspunktet skal fastsetje sine prisar og konkurrere på basis av desse. Ein regel som regulerer åtgangen til å prise lavt, kan derfor føre til at oppdragsgjevar kan kome til å betale meir enn naudsynt for ei yting og hindre leverandørar som bevisst ynskjer å prise lavt (for eksempel for å komme seg inn på marknaden) i å gjøre dette.

Vidare uttalte nemnda at dei motståande omsyn som her gjer seg gjeldande kan ha ulik vekt i ulike situasjonar slik at det neppe er mogleg å

angi ei rettsleg norm som vil gjelde i alle tilfelle. Nemnda gjekk så over til å vurdere dei grunnlag som klagar hevda at førte til at prisingskravet var ulovleg. Klagenemnda fann her at den innklaga hadde gitt leverandørane eit forsvarleg grunnlag til å inngi prisar ved dei opplysingane den innklaga hadde gitt, at kravet ikkje kunne sjåast ulovleg berre fordi det er vanleg at leverandørane prisar taktisk, og at det tiltak oppdragsgjevar her hadde stilt opp for å motverke taktisk prising måtte sjåast innanfor det skjønnsrom oppdragsgjevar har til sjølv å avgjere kva tiltak som vil nyttast, sjølv om fleire slike kan være aktuelle. Det vart også framheva at dei prisane som var gjenstand for den innklaga sitt krav om prising som avspeglar dei faktiske kostnadene, berre utgjorde ein liten del av dei poster som totalt skulle bli prisa.

Basert på dette, fann nemnda at det oppstilte krav ikkje kunne sjåast ulovleg, og vidare at den innklaga difor hadde rett til å avvise klagar sitt tilbod med heimel i forskrifta § 20-13 (2) bokstav a, som følgje av at klagar hadde prisa fleire av postane på rekningsarbeid på maskiner til kr. 1. Nemnda var einig i konklusjonen, men eitt nemndsmedlem, Kai Krüger, kom med ein særmerknad til vurderinga av saka.

Husk å meld deg på vår fagdag!

Den 8. november inviterar vi til fagkonferanse på Studensenteret til Universitetet i Bergen. På www.kofa.no kan du no finne det spanande programmet for dagen, og melde deg på.

Vonar at vi sjåast!