



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

■ Nyhetsbrev fra KOFA

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har startet opp med kvartalsvise nyhetsbrev til våre abonnenter. Nyhetsbrevet vil også bli lagt ut på www.kofa.no.

Hensikten med nyhetsbrevet er å informere om viktige avgjørelser som er avsagt i Kofa de tre siste månedene. Det har kommet tilbakemeldinger på at de viktige og prinsipielle avgjørelsene «drukner» blant alle de avgjørelsene som blir publisert på www.kofa.no. Vi ønsker å trekke frem noen avgjørelser vi mener det er viktig at oppdragsgivere, leverandører, advokater og andre blir særskilt oppmerksomme på. Vi kommer også til å informere om andre forhold som kan være av interesse for omverdenen.

Vi tar gjerne innspill på innholdet i nyhetsbrevet på postmottak@kofa.no.

■ Flere kommuner ble ilagt gebyrer for ulovlige direkte anskaffelser

Klagenemnda har så langt i år ilagt gebyr for ulovlig direkte anskaffelse i fire saker. Felles for sakene er at Norges Miljøvernforbund har brakt inn sakene til klagenemnda.

I sak 2011/229 ble Frøya kommune ilagt et gebyr på 100 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av vaskeritjenester. Bakgrunnen for saken var at Frøya kommune i 2001 inngikk en avtale om vaskeritjenester. Avtalen ble videreført i 2004, uten at kontrakten ble kunngjort. Siden varigheten ikke kunne begrunnes forretningsmessig fant klagenemnda at manglende oppsigelse av avtalen representerte en ulovlig direkte anskaffelse.

Frøya kommune var også innklaget i sak 2011/230. Kommunen hadde inngått seks avtaler om leasing av biler. Slike avtaler anses som varekontrakter i forskriften. Selv om ingen av leasing-avtalene isolert sett oversteg den nasjonale terskelverdien på kroner 500 000, var fem av bilene av samme merke og modell, og måtte derfor ses som varekontrakter av samme type i relasjon til beregningsreglene. Heller ikke for den siste bilen var det opplyst noe som skulle tilsi at denne ikke var av samme type som de øvrige bilene. Verdien av kommunens bilkjøp over en tolv månedersperiode utgjorde i overkant av 1 400 000 kroner. Frøya ble ilagt et gebyr på 150 000 kroner for den ulovlige direkte anskaffelsen.



Anneline Vingsgård, sekretariatsleder i Kofa.

I sakene 2011/253 og 2011/256 var Skodje og Rauma kommune innklaget. Sakene gjaldt brøytetjenester, og kommunene hadde kjøpt tjenestene på samme måte. I stedet for å kunngjøre en konkurranse i Doffin-databasen hadde kommunene annonsert behovet for brøytetjenester i lokalavisen.

Også disse sakene aktualiserte spørsmål om beregningsreglenes betydning. For flere av kontraktene oversteg ikke kontraktssummen 500 000. Kommunene mente at kontraktene måtte ses hver for seg, da grunnen til oppdelingen var praktiske, geografiske og klimatiske årsaker. Kommunene argumenterte også for at dersom hele vintervedlikeholdet måtte kunngjøres i Doffin-databasen vil dette i praksis føre til at mindre leverandører ble utelukket fra å utføre tjenesten.

Klagenemnda mente at selv om enkelte slike momenter etter omstendighetene kan ha betydning, kunne de i foreliggende sak ikke rettferdiggjøre en oppdeling av kontraktene. Systemet i forskriften er at oppdragsgivere fritt kan gi leverandører adgang til å innlevere deltilbud på definerte oppdrag, og tildele kontrakt til det beste tilbudet innenfor hvert oppdrag. Beregningsreglene innebærer ikke et forbud mot oppdeling av kontrakter, men en plikt til kunngjøring.

Les mer på neste side

Det var derfor ikke riktig at kunngjøring utelukket mindre leverandører. Kommunene hadde også argumentert med at det var vanskelig å finne interesserte leverandører, men der er systemet i forskriften at oppdragsgiver kan unnlate kunngjøring dersom det etter en forutgående konkurranse ikke foreligger egnede tilbud.

■ Ny sak om enerett i avfallssektoren

Hovedregelen er at kontrakter over 500 000 skal tildeles etter kunngjøring og gjennomføring av en anskaffelsesprosess i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Det foreligger imidlertid et unntak fra denne regelen i de tilfeller kontrakten blir tildelt til en annen offentlig oppdragsgiver med hjemmel i en enerett organet har. Klagenemnda har tidligere tatt stilling til spørsmålet om tildeling av kontrakt for behandling av husholdningsavfall med hjemmel i en enerett, i sakene 2008/7, 2008/8, 2008/77 og 2011/126.

Nyeste sak(er) om enerett ble behandlet av klagenemnda i februar 2013. Kommunene Bergen, Askøy, Os, Osterøy, Sund, Vaksdal, Fusa, Samnanger og Kvam, samt selskapene BIR AS og BIR Privat AS var innklaget. Klagenemnda kom til at unntaket for ene-rett kunne benyttes ved tildeling av kontrakt for behandling av husholdningsavfall til BIR Avfallsenergi AS.

Saken gjaldt anskaffelse av behandling av husholdningsavfall fra BIR til BIR Avfallsenergi AS i perioden etter åpning av forbrenningslinje 2 i 2010. Problemstillingen var om BIR Avfallsenergi AS, som er et datterselskap av BIR AS, lovlig kunne tildeles kontrakt med hjemmel i en enerett til behandling av husholdningsavfall, jf. unntaket i forskriftens § 1-3 (2) h, eller om det forelå ulovlig direkte anskaffelse. ESA hadde valgt å avslutte en tilsvarende sak om tildeling av enerett for innsamling og behandling av husholdningsavfall - sak 68457.

Bakgrunnen for ESA-saken var en klage på en gjennomgående norsk praksis for tildeling av enerett til innsamling og behandling av husholdningsavfall, med henvisning til 14 tilfeller av tildelt enerett, herunder også tildeling av enerett til BIR-konsernet. På bakgrunn av det faktiske grunnlaget i saken tok ESA kun konkret stilling til tildeling av enerett til Ecopro AS og Returkraft AS. ESA la til grunn at enerett var lovlig tildelt.

Klagenemnda fant at BIR Privat AS var tildelt enerett til å håndtere kommunenes husholdningsavfall, herunder også behandling, gjennom BIR-forskriften av 2006. Tildelingen av enerett til BIR Privat AS var gitt i samsvar med forurensningsloven og i medhold av forskrift, og BIR Privat AS må klart anses som et offentligrettslig organ.

Klagenemnda fant derfor at kontraktene måtte ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens verdi. Rau- ma kommune ble ilagt et gebyr på 370 000 kroner, og Skodje kommune ble ilagt et gebyr på 250 000 kroner.



BIR Privat AS hadde delegert eneretten til behandling av husholdningsavfall videre til BIR Avfallsenergi AS ved kontrakt om behandling av husholdningsavfall.

I ESA sak 68457 ble det i lagt til grunn at en tilsvarende kontraktsmessig delegering er i samsvar med direktivet, og det ble vist til at delegering måtte anses for å være basert på forurensningsloven § 83 og administrative beslutninger på kommunalt nivå. Klagenemnda var enig i ESAs forståelse av adgangen til å delegerer en tildelt enerett, og fant at fremgangsmåten ved delegering av enerett til BIR Avfallsenergi AS var i samsvar med forskriften § 1-3 (2) bokstav h.

Den sentrale problemstillingen i saken var hvorvidt BIR Avfallsenergi AS måtte anses som en offentlig oppdragsgiver, herunder om selskapet "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. forskriften § 1-2. Sentrale momenter som er trukket frem i EUDom-stolens praksis er; betingelsene for virksomhetens aktiviteter, herunder konkurransesituasjonen og om virksomheten utøver sin aktivitet på normale markedsvilkår, om enheten har som formål å skape inntjening, kommersiell risiko og forholdene ved stiftelsen av virksomheten, jf. Korhonen premiss (59), som er lagt til grunn i klagenemndas saker 2011/126 premiss (32) og 2011/149 (33).

BIR Avfallsenergi AS behandlet også innsamlet næringsavfall fra kommunene på kommersielle vilkår. Etter at kapasiteten ved forbrenningsanlegget ble økt med forbrenningslinje 2, utgjorde behandling av næringsavfall omlag halvparten av selskapets virksomhet.

Klagenemnda la til grunn at det følger av praksis fra EU-domstolen at et selskap også kan ha kommersielle aktiviteter, så fremt virksomheten fortsetter å tjene allmenhetens behov, jf. Mannesmann i premiss (25), som også ble lagt til grunn i Arnheim (55)-(58). Klagenemnda fant at BIR Avfallsenergi AS ivaretar allmenhetens behov forbehandling av husholdningsavfall. Behandling av husholdningsavfall har første prioritet, og næringsavfall ble kun behandlet ved overskuddskapasitet. Tjenesten utføres til selvkost og finansieres i sin helhet gjennom renovasjonsgebyret. Klagenemnda la på denne bakgrunn til grunn at BIR Avfallsenergi AS er en offentlig oppdragsgiver som definert i forskriften § 1-2 (2).

Den neste problemstillingen var om tildelingen av enerett til BIR Avfallsenergi AS for behandling av husholdningsavfall var forenlig med EØS-avtalen, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav h, jf. EØS-avtalen artikkel 59 (1) og (2).

Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at tildelingen av enerett må være begrunnet i det allmenne tvingende hensynet, egnet til å ivareta dette hensynet, samt at hensynet ikke vil kunne ivaretas med mindre inngripende midler.

■ Avvisningsplikt ved grov korrupsjon og "self-cleaning" tiltak

Kofa har avgjort en sak av 4. mars 2013, sak 2011/206, som sier noe om hvor strengt en oppdragsgiver må håndheve de obligatoriske avvisningsreglene når en leverandør er rettskraftig dømt for korrupsjon. Saken viser også klagenemndas vurdering av de "self-cleaning" tiltak som valgte leverandør gjorde for å unngå å bli utestengt fra fremtidige konkurranser. I dette tilfellet var ikke de tiltak valgte leverandør hadde satt i verk tilstrekkelig.

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innvendig rehabilitering av Selfors skole. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandør, som følge av at ansatt prosjektleder med en eierandel på 25 prosent, tidligere var dømt for grov korrupsjon.

Klagenemnda la til grunn at det måtte foretas identifikasjon mellom selskapet og prosjektlederen, heretter benevnt som "A". Dette som følge av at A hadde en nøkkelrolle i selskapet, en eierandel på 25 prosent, samt at A hadde sentrale roller i tilknyttede selskaper. Bakgrunnen for at det må foretas identifikasjon er at det ellers er lett å omgå reglene slik at avvisningsplikt ikke foreligger.

Enerettstildelingen var blant annet begrunnet med miljøhensyn, at det var ønskelig å ha kontroll med utførelsen av avfallsbehandlingen, og herunder kunne sikre stabil drift og tilstrekkelig kapasitet.

De innklagede kommunene sto også overfor en situasjon hvor det var anslått at det ville være et fremtidig behov for økt kapasitet til forbrenning av husholdningsavfall. Det var knyttet store investeringer til utbyggingen av forbrenningslinje 2, og tildeling av eneretten til BIR Avfallsenergi AS sikret også investeringene ved etableringen av forbrenningsanlegget. At næringskapasitet forbrennes gjør også at forbrenningsanlegget kan drives på den økonomisk mest fordelaktige måten, og manglende utnyttelse av reservekapasitet ville etter innklagedes opplysninger gitt høyere renovasjonsgebyrer. På denne bakgrunn fant klagenemnda at innklagede hadde sannsynliggjort at tildelingen av enerett var nødvendig, og ikke kunne nås med mindre inngripende midler. Enerettstildelingen ble derfor ansett for å være forenlig med EØS-avtalen, og tildelingen var ansett for å være i tråd med § 1 - 3(2)h.

BIR Avfallsenergi AS kunne dermed lovlig tildeles kontrakt for behandling av husholdningsavfall, og det forelå dermed ikke noen ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.



Klagenemnda fant at det ikke ville være i strid med kravet til forholdsmessighet å avvise valgte leverandør. De strukturelle endringer som var gjort ble i begrenset grad ansett for å være reelle tiltak for "self-cleaning", da tiltakene primært fremsto som formelle tiltak for å unngå avvisning, og i liten grad var rettet mot å forhindre fremtidig korrupsjon. Videre ble det ikke ansett uforholdsmessig å avvise valgte leverandør som følge av tidsforløpet, herunder to år og tre måneder etter dommen ble rettskraftig og seks år etter handlingene fant sted. Dette ble begrunnet med at A var dømt til fengsel 1 år og tre måneder fengsel for grov korrupsjon. I relasjon til saken måtte dette anses som en alvorlig domfellelse for handlinger som ble begått i egenskap av As rolle som administrerende direktør et tidligere selskap.

■ Kontrakter reservert for funksjonshemmede

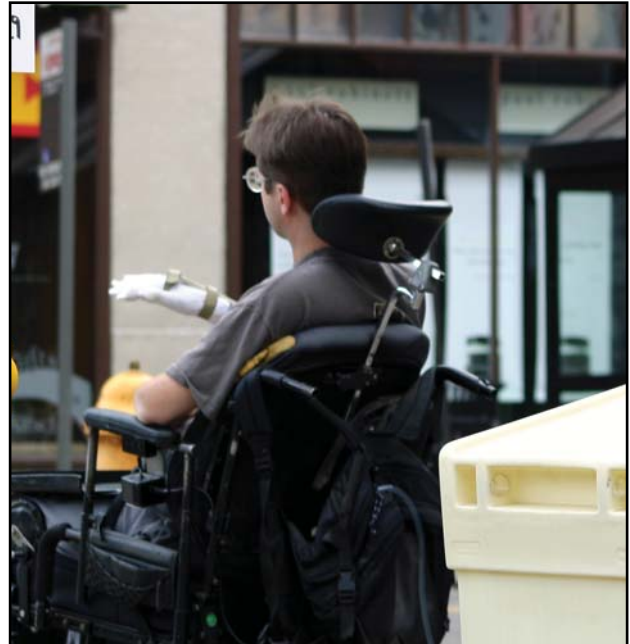
En oppdragsgiver har anledning til å begrense konkurransen til virksomheter hvor flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede på visse vilkår. Regelen i forskriftens § 3-12 utgjør i så måte en begrensning i det grunnleggende kravet til konkurranse som regelverket for offentlige anskaffelser bygger på. Bakgrunnen for en slik regel er behovet for å få funksjonshemmede i arbeid, og dette hensynet veier tyngre enn hensynet til konkurranse.

I klagenemndas avgjørelse 4. februar 2013 i sak 2012/87 A2G Gruppen AS – Statens Vegvesen, fastslo nemnda at "virksomheter" i forskriften § 3-12 sin forstand ikke kan forstås som "skjermete virksomheter" med det innhold dette begrep har i forskrift 11. desember 2008 nr. 1320 om arbeidsmarkeds-tjenester. Dette innebar at valgte leverandør oppfylte de krav som stilles til virksomheter som omfattes av forskriftens 3-12.

Saken klagenemnda behandlet i februar gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for levering av kjennemerker til kjøretøy hvor Statens vegvesen hadde begrenset konkurransen til virksomheter hvor flertallet av de berørte var funksjonshemmede. Klager anførte at begrepet "virksomheter" i forskriften § 3-12 måtte forstås som "skjermet virksomhet" med det innhold dette begrep har i forskrift 11. desember 2008 nr. 1320 om arbeidsmarkeds-tjenester, og at valgte leverandør og Norske Regskilt AS skulle vært avvist fra konkurransen ettersom disse tilbyderne ikke var "skjermede virksomheter". Klagenemnda fant at det ikke var noen sammenheng mellom disse to forskriftene som skulle tilsi at "virksomhet" i forskriften § 3-12 må leses som "skjermet virksomhet" med det innhold dette begrep har i arbeidsmarkedstiltaks-forskriften.

Klagenemnda fant at forskriftens § 3-12, i lys av, og i sammenheng med, direktivets artikkel 19, må tolkes slik at i norsk rett anses virksomheter som "beskyttede værksteder" i direktivets forstand, dersom flertallet av de berørte ansatte er funksjons-hemmede, og arten eller omfanget av deres handicap inne-bærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår. En slik forståelse av forskriftens bestemmelse var etter klagenemndas oppfatning i samsvar med den adgang til å reservere kontrakter som oppstilles i direktivet artikkel 19.

Klager anførte videre at det var et brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 at det i kunn-gjøringen var krysset av for at konkurransen var begrenset til å gjelde for "vernede virksomheter", mens det i konkurranse-grunnlaget fremgikk at alle virksomheter kunne delta i konkurransen, så lengre kravet om at flertallet av de berørte ansatte var funksjonshemmede, var oppfylt.



Slik kunnngjøringsskjemaet til Doffin er utformet i dag må oppdragsgivere som ønsker å begrense konkurransen til reserverte kontrakter, etter å ha krysset av for at en kontrakt er "reservert", krysse av for at kontrakten gjelder "vernede virksomheter" eller "program for vernet arbeid" for å komme videre i kunnngjøringsskjemaet. Klagenemnda la til grunn at begrepene "vernede virksomheter" og "program for vernet arbeid" i Doffins kunnngjøringsskjema er en norsk oversettelse av begrepene "beskyttede værksteder" og "programmer for beskyttet beskæftigelse" i direktivet artikkel 19.

Klagenemnda kom til at det ikke var motstrid mellom kunnngjøringsskjemaets uttrykk "vernede virksomheter" og opplysningen i konkurransegrunnlaget om at konkurransen var begrenset til de virksomheter som omfattes av forskriften § 3-12, ettersom klagenemnda kom til at forskriften § 3-12 må tolkes som en angivelse av hva som skal regnes som "beskyttede værksteder".

Klagenemnda bemerket imidlertid at ettersom verken begrepet "vernede virksomheter" eller begrepet "program for vernet arbeid" benyttes i forskriften § 3-12, eller andre steder i forskriften, er det egnet til å skape uklarhet for tilbydere at oppdragsgiver må krysse av for et eller begge disse alternativene i kunnngjøringsskjemaet. Dette er imidlertid en uklarhet som alene skyldes utformingen av kunnngjøringsskjemaet, og som oppdragsgiver ikke kan klandres for.

■ Kontrakter om ambulansetjenester kan reserveres for ideelle organisasjoner

Dersom man tildeler en kontrakt om utførelse av helse- og sosialtjenester til en ideell organisasjon, så gjelder egne regler for gjennomføring av en anskaffelse. Det fremgår av forskriften at anskaffelsesprosessen er betydelig forenklet ved at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å følge reglene i forskriftens del II og del III med noen få unntak. Bakgrunnen for en forenklet prosedyre ved tildeling av oppdrag til ideelle organisasjoner er at man ved en åpen konkurranse risikerer at en ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til ønsket om samfunnsmessig engasjement og samarbeid med ideelle organisasjoner.

I klagenemndas sak 2012/236, som ble avgjort 28. januar 2013, slo klagenemnda fast at ambulansetjenester er en helse- og sosialtjeneste som offentlige oppdragsgivere kan inngå med ideelle organisasjoner etter forskriften del I, jf. forskriften § 2-1 (3).

I saken hadde Nordlandssykehuset HF kunngjort en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med en ideell organisasjon om levering av ambulansetjenester. Klager mente at den tjenesten Nordlandssykehuset skulle anskaffe ikke var en helse- og sosialtjeneste, men gjaldt transport på vannvei, og at sykehuset derfor ikke kunne fastsette at kun ideelle organisasjoner kunne delta i konkurransen.

Ved avgjørelsen av saken tok klagenemnda utgangspunkt i ordlyden i forskriften § 2-1 (3), hvor det fremgår at det kun er kontrakter om helse- og sosialtjenester offentlige oppdragsgivere kan velge å inngå med ideelle organisasjoner. Helse- og sosialtjenester er tjenester som er omfattet av kategori (25) i forskriften vedlegg II, hvor det er vist til CPC-koden 93. Dette innebærer at tjenester som har en CPC-kode som begynner med 93 er en helse- og sosialtjeneste.

Ambulansetjenester har CPC-kode 93194 og er dermed en helse- og sosialtjeneste.

Spørsmålet var dermed om den tjenesten innklagede skulle kjøpe var en ambulansetjeneste. I forklaringsnotene til CPC-kodene er "Ambulance Services" definert som "services involving the transport of patients by ambulance, with or without resuscitation equipment or medical personnel."

Dette medførte at det ikke var avgjørende at innklagede selv skulle stille med ambulanspersonell til båtene, men at det avgjørende var om transporten skjedde med ambulanse. Dette innebar at det måtte stilles krav til at kjøretøyet som skulle benyttes inneholdt det utstyret som ambulanser normalt sett inneholder.

I saken hadde Nordlandssykehuset stilt krav om at båtene som skulle benyttes ved utførelsen av tjenesten skulle ha sykelugar med fastmontert ambulansutstyr som var klart til bruk, og at de skulle kunne kommunisere med AMK-sentralen. I tillegg skulle båtene være utstyrt slik at pasient på bære kunne transporteres trygt om bord og i land uten risiko for skade og ha toalettrom tilpasset funksjonshemmede. Båtene skulle også være bemannet slik at de kunne ha beredskapsvakt hele døgnet. Klagenemnda fant at dette var tilstrekkelig til at båtene kunne karakteriseres som ambulanser, og tjenesten sykehuset hadde etterspurt var dermed en helse- og sosialtjeneste, som sykehuset kunne bestemme at de ville inngå kontrakt med en ideell organisasjon om.

Årsrapporten for 2012 er nå tilgjengelig på kofa.no

Nemndas leder Georg Fredrik Rieber-Mohn uttaler seg om Kofas budsjettsituasjon og om nedgangen i antall saker etter lovendringene 1. juli 2012.

Sekretariatsleder Anneline Vingsgård sier i sin avsluttende kommentar at ved forenklingen av regelverket i forskriftens del II, så bør det sees hen til Kofa praksis. Kofa har mange saker som gjelder avvisning av valgte leverandør og tilbud, og det bør vurderes enklere regler på dette området spesielt.

Les mer i Årsrapport 2012

Ledig vikariat som sekretariatsleder i Kofa

Sekretariatsleder Anneline Vingsgård skal bli nasjonal ekspert i EU kommisjonen i Brussel fra 1. september 2013 til 1. september 2015. I den forbindelse søker Konkurransetilsynet hennes stedfortreder i vikariat i 2 år. Hele stillingsannonse finnes på www.kt.no og www.kofa.no

Les fullstendig stillingsannonse

Søknadsfrist er 15. april 2013, og Konkurransedirektør Christine Meyer og Nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohn kan kontaktes ved spørsmål om stillingen.