



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Hei alle saman,

Då er våren endeleg komen og det er klart for året sitt første nyheitsbrev fra oss.

I dette nyheitsbrevet kan du lese litt om dei viktigaste sakene KOFA har handsama sidan førre nyheitsbrev. I denne perioden har KOFA mellom anna handsama sin andre stornemndsak, som gjeld plikta til å hemmeleghalde tilbudsprisar som forretningshemmelegheiter når det kan vere aktuelt at ein pågåande konkurranse kan bli avlyst. Vidare har KOFA også handsama ei sak der spørsmålet var om avvik frå oppstilte minstekrav til tilboda, skulle sjåast som eit vesentleg avvik og dermed gje avvisingsplikt. KOFA har også pålagt sitt første gebyr på 15 % av anskaffinga sin verdi, som er det høgaste KOFA kan gå. Nyheitsbrevet inneheld også ei omtale av nokre av dei andre gebyrsakene KOFA har handsama sidan førre brev. Til slutt har vi også litt meir informasjon om det masterstipendet KOFA har for studentar som ynskjer å skrive masteroppgåve i offentlege anskaffingar.



Sekretariatsleder Erlend Pedersen

■ Kjøp av strøm direkte frå strømlleverandør må kunngjerast

Klagenemndas avgjerd i sak 2012/53 gjaldt spørsmålet om Fitjar kommune hadde gjort ei ulovleg direkte anskaffing av elektrisk kraft ved å kjøpe kraft frå Fitjar kraftlag utan å kunngjere anskaffinga.

Fitjar kommune har kjøpt elektrisk kraft frå Fitjar kraftlag utan at kontrakten på noko tidspunkt har vore kunngjort. Kommunen gjorde gjeldande at dette ikkje var ei ulovleg direkte anskaffing fordi kjøp av elektrisk kraft er ei vare som blir omsatt på børs, og dermed ikkje treng å kunngjerast, jf. forskrifta § 2-1 (2) bokstav f.

Klagenemnda fann at kjøp av strøm direkte frå strømlleverandør er ei vareanskaffing som må kunngjerast.

Regelen i forskrifta § 2-1 (2) bokstav f om at berre forskrifta del 1, og dermed ikkje kunngjeringsreglane, kjem til bruk for “varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende marked” gjeld ikkje elektrisk kraft kjøpt direkte frå kraftleverandør. Kommunens kjøp av elektrisk kraft skulle difor vore kunngjort. 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 12,5 % av anskaffinga sin verdi, som utgjorde 545 000 kroner.

■ Kjøp av saksbehandlartenester til barnevernet går inn under regelverket

Klagenemnda har nyleg handsamma fleire saker som gjaldt saksbehandlartenester skaffa til det kommunale barnevernet, utan at anskaffingane var kunngjort i samsvar med regelverket. Til sammen fastsatte klagenemnda gebyrer for 770 000 kroner.

Fleire kommunar på Austlandet var klaga inn med påstand om ulovleg direkte anskaffing ved kommunane sine kjøp av saksbehandlartenester til dei kommunale barnevernstenestene. Dei innklaga var Drammen (sak 2011/336), Røyken (sak 2011/340), Oslo (sak 2012/27) og Frogn kommuner (sak 2014/3). I fleire av sakene hadde kommunane fått personalutfordringar i sine barnevernstenester. I ein kommune hadde det oppstått personalkonflikter som førte med seg mykje fråvær blant dei ansatte. I ein annan kommune var store delar av saksbehandlarkorpset i lønna velferdspermisjon, uventa langtidssjukmeldt eller hadde sagt opp sine stillingar. I tillegg lei også dei kommunale barnevernstjenestene jamnt over under ei aukande arbeidsmengde. For å få utført sine oppgåver så tilfredsstillane som mogleg under desse forholda, hadde kommunane skaffa saksbehandlartenester frå fleire private leverandørar, utan at det var kunngjort konkurransar om desse anskaffingane.

Dei innklaga kommunane gjorde gjeldane at kjøp av slike tenester ikkje var omfatta av regelverket, og viste til nemndas tidlegare praksis om at enkeltkjøp av institusjonsplasser til barnevernet falt utafor kontraktomgrepet i anskaffingsregelverket. Dette førte ikkje fram. Klagenemnda uttalte at dei aktuelle sakene verken gjaldt anskaffing av institusjonsplasser eller tiltakstenester, men kjøp av reine saksbehandlartenester. Denne tenestetypen var allereie i tidligare nemndspraksis lagt til grunn som kunngjeringspliktig, slik at dette også klart måtte være tilfellet i dei aktuelle sakene. Av den grunn er det ikkje tvil om at kjøp av saksbehandlartenester til barnevernstjenesten, i utgangspunktet er omfatta av regelverket og må kunngjerast.

Det var da heller ikkje tvil om at kommunene hadde gjennomført ulovlege direkte anskaffingar.



To av dei hadde til og med i sine budsjett budsjettet med beløp til anskaffing av eksterne tenester, som var over kunngjeringsgrensa på 500 000 kroner og i seg sjølv skulle tilsei at anskaffingane vart kunngjorte.

Fleire av kommunene la ned påstand at forskrifta sitt unntak om eineleverandør, måtte komme til bruk. Etter kommunane sitt syn var det berre ein leverandør som kunne levere dei aktuelle saksbehandlartenestene, grunna leverandøren sin kompetanse og behovet for kontinuitet i saksbehandlinga. Dette førte ikkje fram. Klagenemnda kunne ikkje sjå at kommunene i tilstrekkelig grad hadde dokumentert at berre dei valte leverandørane kunne levere slike tenester. Kontinuitet blant saksbehandlarne, kunne dei innklaga uansett oppnådd ved å kunngjere anskaffinga tidlegare, eller kunngjere ei rammeavtale med sikte på nye saksbehandlarbehov i framtida.

To av kommunane la også ned påstand om at unntaket hastekjøp kom til bruk, og viste til barnevernstjenesta si plikt til å reagere raskt. Det var etter dei innklaga si vurdering ikkje tid til å utsettje anskaffinga, den tida det ville ta å gjennomføre ein anbodskonkurranse. Nemnda hadde forståing for at sjukmeldinger og anna fråvær blant kommunane sine eigne saksbehandlarar, kunne føre med seg visse utfordringar. Men dette var ikkje uventa tilhøve i regelverkets forstand, spesielt ikkje fordi dei to kommunene faktisk hadde budsjettet med å kjøpe eksterne saksbehandlartenester, før anskaffingane vart satt i verk.

Skuldkravet var klart oppfylt, beløpa som dei innklaga etter kvart hadde blitt fakturert, gav ei tydeleg oppmoding til å vurdere kunngjering, og la det skje. Alle kommunane hadde handla grovt aktløyst. Når det gjaldt vurderinga om gebyr skulle illeggast, viste nemnda til sin tidlegare praksis om at organisasjonsendringar, inkludert ressursproblem, ikkje var unnskyldende. Det samme gjaldt dei innklaga si aukane arbeidsmengde. Gebyr blei gjeve i alle desse fire sakene.

I vurderinga av gebyrets størrelse, la nemnda i skjerpande retning vekt på at det låg føre klare brot på kunngjeringsplikta. Samstundes såg nemnda det som formildende at arbeidsmengda var aukande, at fleire av dei innklaga hadde hatt utfordringar med arbeidskonflikter eller anna fråvær, og til ei viss grad hadde forsøkt å avhjelpe dette med nye tilsetjingar. Gebyra var derfor relativt milde, frå 9 til 11 %, som var frå 110 000 kroner til 400 000 kroner for kvar av kommunene.

■ Stornemndshandsaming av sak som reiste spørsmål om teieplikta si rekkjevidde

Klagenemnda si avgjerd i sak 2012/9 gjaldt Kongsvinger kommune si anskaffing av rammeavtale for konsulenttenester innan prosjektering og byggeleing. På førespurnad ga kommunen ein av tilbydarane innsyn i klagar sin gjennomsnittlege tilbydde timepris. På dette tidspunktet var det kome inn fleire klagar på konkurransen, og kommunen avlyste seinare konkurransen som følge av at det var gjort feil som førte til plikt til å avlyse konkurransen. Nemnda kom til at kommunen hadde sakleg grunn til å avlyse konkurransen, og at grunngjevinga for avlysinga var tilstrekkeleg.

I saka måtte nemnda også ta stilling til spørsmålet om kommunen hadde brote plikta til å hindre spreiding av opplysingar som var underlagt teieplikt i forskrifta § 3-6 ved å gje ut klagar sin gjennomsnittlege tilbydde timepris til ein av tilbydarane. Då dette spørsmålet innebar ei vurdering av teieplikta si rekkevidde, avgjorde nemnda å behandle saka i stornemnd i medhald av klagenemndsforskrifta § 12. Nemnda føretok ein grundig gjennomgang av dei relevante rettskjeldene i saka og det blei dissens i spørsmålet om kommunen urettmessig hadde levert ut opplysingar som var underlagt teieplikt.

Fleirtalet kom til at kommunen hadde brote forskrifta § 3-6 ved å sende vidare opplysingane om klager sin gjennomsnittlege tilbydde timepris. Fleirtalet viste til at opplysingane ble gitt ut når kommunen var gjort merksam på konkrete forhold som kunne føre til at konkurransen måtte bli avlyst og kunngjort på nytt.



Når gjennomsnittleg timepris var eit tildelingskriterium som tilbydarane skulle konkurrere om, og omstenda var at oppdragsgjevar var gjort merksam på konkrete forhold som kunne føre til at konkurransen kunne bli avlyst, ville gjennomsnittleg timepris være ei opplysing som konkurrentar kunne utnytte ved ein seinare konkurranse. Denne moglegheita blei også aktualisert når konkurransen blei avlyst i foreliggende sak. På tidspunktet opplysingane ble gitt var difor prisinformasjonen i dette konkrete tilfellet av “konkurransemessig betydning å hemmeligholde”. jf. forskriften § 3-6.

Mindretalet kom til at kommunen ikkje hadde brote forskrifta § 3-6 i dette tilfellet. Mindretalet viste mellom anna til at det ikkje var grunnlag for å sjå ein tilbydd pris på tenesta som ein potensiell forretningshemmelighet berre av den grunn at konkurrentane i eit gitt tilfelle ville kunne oppnå innsyn i klagesak etterfølgt av avlysing og ny konkurranse. Det ble også vist til at hovudregelen må vere at totalprisar i tilbod er underlagd innsyn etter offentleglova § 23 tredje ledd og at forskrifta § 3-6 ikkje stengjer for dette i ein klagesak – uansett den vidare hendingsgangen etter ein foretatt førebels tildeling. Saka var då etter mindretalet si oppfatning handtert i samsvar med forskrifta § 3-6 og offentleglova § 23 tredje ledd.

■ Omgrepet “minstekrav” bør berre nyttast på dei krava som oppdragsgjevar på førehand ynskjer å gje til kjenne at ikkje skal fråvikast

Klagenemnda si avgjerd i sak 2013/139 gjaldt anskaffing av rammeavtale for kjøp av medisinske tekniske utstyr og tekniske hjelpemiddel. Problemstillinga i saka var om Sandnes kommune hadde brote regelverket ved å ha unnlatt å avvise valde leverandør sitt tilbod. Klager førte fram at eit tilbydd produkt frå valde leverandør avveik vesentleg frå det som var angitt som “minstekrav” i konkurransegrunnlaget.

I denne saka hadde kommunen brukt omgrepet “minstekrav” i konkurransegrunnlaget for å skildre ei rekke krav som var stilt til produkta som skulle skaffast. Det var ikkje tvilsamt at det tilbydde produktet frå valgte leverandør avveik frå dei krava som var stilt. Spørsmålet nemnda måtte ta stilling til var om dei krav som var angitt som “minstekrav” i konkurransegrunnlaget, verkeleg skulle bli forstått på den måten at krava var ufråvikelege og at tilbod som ikkje oppfylte krava skulle avvisast frå konkurransen.

Klagenemnda uttalte at når oppdragsgjevarar nyttar omgrepet “minstekrav” i konkurransegrunnlaget, er det normale at omgrepet skal bli forstått på den måten at dette er krav som oppdragsgjevar meiner ikkje kan fråvikast, og at tilbod som ikkje oppfyller krava skal avvisast. Difor bør oppdragsgjevar berre nytte omgrepet på dei krava som oppdragsgjevar på førehand ynskjer å gje til kjenne at ikkje skal fråvikast.

Men, sjølv om omgrepet minstekrav er nytta i konkurransegrunnlaget, må konkurransegrunnlaget i alle tilfelle tolkast. Konkurransegrunnlaget i saka, var utforma slik at det ikkje var nærliggjande å forstå omgrepet minstekrav på den måten at oppdragsgjevar på førehand hadde bestemt at manglande oppfylling av krava var vesentlege avvik og utan vidare ville føre til avvising.



Då det konkrete avviket gjaldt eit av mange produkt som skulle inngå i tilbodet, og produktet berre utgjorde 1,7 % av den totale verdien av rammeavtalen, samt at avviket ikkje ville ha noko å seie for rangeringa av tilboda, var avviket ikkje vesentleg. Sandnes kommune hadde dermed ikkje plikt til å avvise tilbodet etter forskrifta.

■ Nemnda har pålagt høgste gebyrsats på 15 % av kontraktssummen, for ulovleg direkte anskaffing av renovasjonstenester

Klagenemnda si avgjerd i sak 2012/61 gjaldt spørsmålet om Romerike avfallsforedling IKS (ROAF) sitt kjøp av tenesta tømning av husholdningsavfall i brunnar utjorde ei ulovleg direkte anskaffing ved at kjøp av tenesta ikkje var kunngjort.

ROAF gjorde gjeldande at tenesta var omfatta av dei kontraktane som var kunngjort for innsamling og handtering av avfall frå hushalda i områda dei aktuelle kontraktane gjaldt for. Klagenemnda fann at det var klart at kontraktane ikkje kunne gje grunnlag for gjennomføring av tenestene. Tenesten var dermed ikkje kunngjort og utgjorde ei ulovleg direkte anskaffing.

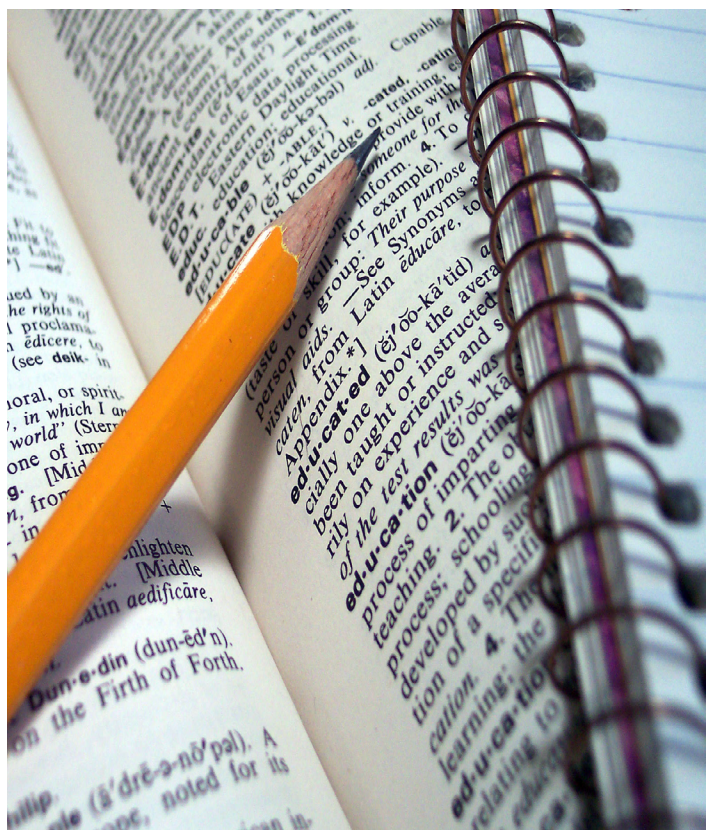
Nemnda la mellom anna til grunn at realiteten syntes å vere at ROAF hadde forlenget ein avtale som ROAF tidlegare er pålagt eit gebyr for i sak 2011/209, utan at andre aktørar hadde fått konkurrere om oppdraget. ROAF hadde også i begrensa grad forklart kvifor og korleis kjøpene var foretatt. Nemnda la til grunn at ROAF forstod at forlenginga av avtalene om å kjøpe tenesta frå valde leverandør var ei ulovleg direkte anskaffing og valde å inngå avtalen om å forlenge kjøp av tenesta. Nemnda fann at ROAF hadde opptrådd forsettleg, og at det mellom anna ga grunnlag for å pålegge eit gebyr på 15 % av kontraktsummen.

I sak 2012/60 ble ROAF også pålagt gebyr for ulovleg direkte anskaffing av tømning av avfall langs van-skelege vegar. I denne saka utgjorde gebyret 13 % av kontraktssummen.

■ Moglegheiter for studentar i KOFA-sekretariatet

Dersom du kan tenke deg å skrive masteroppgåva di om offentlege anskaffingar, tilbyr KOFA ei unik moglegheit til å få eit stipend på kr. 10 000,- samt kontorplass i KOFA sine lokaler i Bergen sentrum.

Kvart år gjer det offentlege innkjøp for om lag 400 milliardar kroner. Det er fellesskapet sine midler som brukes til disse anskaffingane og det norske anskaffelsesregelverkets viktigste formål er å sørge for at det offentlege får mest mogleg igjen når det brukar fellesskapets midler til innkjøp av varer og tjenester. Anskaffelsesregelverket er prosedyrereglar for korleis det offentlege skal gå fram når det gjer innkjøp, og det er konkurranseelementet i regelverket som skal sørge for "best value for money". Vidare er regelverket også viktig for å motverke kameraderi, korrupsjon, sosial dumping, og det offentlege er også oppfordra til å ta omsyn til livsykluskostnader, universell utforming og miljø når det gjer sine innkjøp.



KOFAs oppgave er å gi råd og veiledning om anskaffelsesregelverket er brote og å fastsette overskridingsgebyr for ulovlege direkte anskaffingar der kontrakt er inngått før 1. juli 2012.

Handtering av offentlege anskaffingar er den delen av EU- og EØS-retten som sysselsett flest juristar i Noreg. Likevel er det generelt lite fokus på anskaffingsregelverket i den vanlige jusutdanninga. Jusstudentar på tampen av utdanning si, skal normalt skrive ei masteroppgåve om sjølvvalt emne, opparbeide seg evne til å utforme og analysere rettslege problemstillingar, og gjennomføre eit sjølvstendig forskningsarbeid. Til tross for at rettsområdet offentlege anskaffingar har eit omfang og ein kompleksitet som gjer det særskildt godt eigna for masteroppgåveskriving, er det relativt få studentar som skriv masteroppgåver om offentlege anskaffingar.

KOFA ønskjer at fleire jusstudentar skal interessere seg for offentlege anskaffingar og skrive masteroppgåver om dei rettslege problemstillingene fagområdet inneheld. KOFA har derfor gleden av å tilby både skriveplass ved KOFAs sekretariatet og skrivestipend til studentar som vil skrive masteroppgåve om regelverket for offentlege anskaffingar.

Skriveplassen inneberer ein kontorplass hos sekretariatet i Bergen, med fri tilgang til sekretariatet sitt bibliotek og andre rettskilder. Sekretariatet kan gi råd og veiledning til studenten si problemstilling under skrivinga av masteroppgåva, samt vere til hjelp med å finne ei relevant problemstilling innleiingsvis. I tillegg tilbyr KOFA eit stipend på kr. 10 000,-.

Ved spørsmål, send gjerne ein e-post til postmottak@kofa.no eller ta kontakt med direktør/sekretariatsleder Erlend Pedersen på telefon 92 42 97 06.

Søknad med problemstilling og karakterutskrift sendast til postmottak@kofa.no innan 5. mai 2014.

For meir informasjon om KOFA, sjå www.kofa.no

Vi ønsker alle våre lesere en riktig God Påske

