



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

KOFA - 15 år som tvisteløsningsorgan

Klageorganet for offentlige anskaffelser ble opprettet 1. januar 2003, og har således vært i virke i 15 år. Formålet med opprettelsen var å bidra til en mer effektiv håndhevelse av regelverket for offentlige anskaffelser. En effektiv håndhevelse av regelverket for offentlige anskaffelser var viktig for at lovens formål om å fremme samfunnets bruk av ressurser skulle oppnås. Stikkord var effektivitet, smidighet, fagkompetanse og grundighet. I tillegg skulle KOFA bidra til informasjons- og kompetansebygging på områder der reglene ble oppfattet som uklare.

KOFAs kompetanse skulle være annerledes enn domstolens kompetanse. I motsetning til domstolene skulle KOFAs saksbehandling være basert utelukkende på skriftlighet og det skulle ikke være adgang til å innhente sakkyndige vurderinger. Og viktigst av alt: KOFAs avgjørelser skulle være rådgivende og ikke rettslig bindende for partene.

15 år senere har KOFA avgjort 3327 saker. Mange rettsregler har blitt tolket og anvendt på faktum som ofte er komplekst og omfattende. Uklare rettsområder som adgangen til å anskaffe i egenregi, vesentlig endring av kontrakt, rekkevidden av unntaksbestemmelsene herunder enerettsunntaket, og hvordan en konkurranse med forhandling skal gjennomføres, er bare noen eksempler på der KOFA gjennom flere saker har utpenslet innholdet i reglene.

KOFAs myndighet ble endret i 2007 til å omfatte rettslig bindende avgjørelser for brudd på kunngjøringsplikten. Gebyrmyndigheten kom og gikk. Og kom tilbake igjen. Gebyrmyndigheten førte til at KOFAs rolle endret seg. Fra å være et organ som avsa avgjørelser som kun var rådgivende for offentlige oppdragsgivere, så er KOFA nå pliktig til å gi gebyr for ulovlige direkte anskaffelser dersom KOFA mener at den offentlige oppdragsgiveren har utvist forsett eller grov uaktsomhet.

Den saken jeg som sekretariatsleder husker best er sak 2010/364, mot Barne- ungdoms og familieetaten Region Øst. I denne saken konkluderte nemnda med at anskaffelse av enkeltplasser til barnehjemsbarn ikke rettslig sett kunne kategoriseres som en anskaffelse. Slike anskaffelser var derfor ikke omfattet av anskaffelsesregelverket. Saken fikk stor oppmerksomhet og førte til forskriftsendring.

Domstolene spiller også en viktig rolle for håndhevelsen av regelverket for offentlige anskaffelser. KOFA kan ikke avsi en bindende avgjørelse for andre saker enn de som gjelder ulovlige direkte anskaffelser. Dette medfører blant annet at dersom klager ønsker erstatning for feil som er begått så må man gå til domstolene for å få en dom for dette. Noen saker som er avgjort i KOFA bli derfor ofte brakt videre til domstolene og noen ganger velger klager å gå direkte til domstolene med saken uten å involvere KOFA. Domstolene er derfor et viktig alternativ til KOFA, spesielt siden KOFA har begrensninger i adgangen til bevisførsel og muligheten til å innhente sakkyndige vurderinger.

Hvilken rolle KOFA skal ha i fremtiden er et politisk spørsmål. Noen ønsker at KOFA skal få mer myndighet, andre er fornøyd med KOFA slik organet fungerer i dag. Det er uansett viktig for KOFA å bygge videre på den tilliten klageorganet har opparbeidet seg gjennom de siste 15 årene. KOFA skal i fremtiden fortsatt bidra til tvisteløsning og regelavklaring slik at håndhevelsen av regelverket for offentlige anskaffelser blir best mulig.

Fastsettelse av innholdet i kvalifikasjonskrav

Sak 2018/23 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for byggentreprenørtjenester. Spørsmålet var om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten.

Dokumentasjonen som var påkrevd i tilknytning til kvalifikasjonskravet var todelt. Det ene gjaldt redegjørelse for personell som skulle benyttes ved utførelsen av kontrakten. Det andre dokumentasjonskravet, som var temaet i saken, lød som følger: «CV for «Ingeniører som skal fungere som prosjektleder/kalkulator/kontaktperson for rammeavtalen», se skjemaet vedlagt «Del I vedlegg 1».»

Klager anførte at kravet om nødvendig kapasitet innebar et absolutt krav om at tilbudte ressursperson minimum hadde treårig bachelorutdanning i ingeniørfag. Det var ikke omstridt at valgte leverandørs tilbudte ressursperson ikke hadde denne formelle kompetansen.

Klagenemnda innledet med å nevne at selv om det aktuelle kvalifikasjonskravet var utformet slik at det til dels la opp til en skjønnsmessig vurdering av om leverandøren hadde den nødvendige kapasiteten, så var ikke oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn tema for saken. Anførselen gjaldt tolkningen av kvalifikasjonskravet, noe klagenemnda kan prøve fullt ut.

Ved fastsettelsen av innholdet i kvalifikasjonskravet tok nemnda utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville forstå det. I denne saken var det særlig dokumentasjonskravene, informasjonen i skjemaet og kontraktsvilkårene som gav relevante tolkningsbidrag.

Av dokumentasjonskravet fremgikk det at minste akseptable kompetansenivå var ingeniør. Innklagede hevdet i denne forbindelse at ingeniør ikke er en beskyttet tittel, og redegjorde for at de anså valgte leverandørs tilbudte ressursperson som en ingeniør, basert på relevant utdanning og langvarig erfaring. I skjemaet som det var uttrykkelig henvist til i dokumentasjonskravet, var det imidlertid angitt at ressurspersonen skulle ha minimum treårig bachelor eller master i ingeniørfag. En tilsvarende formulering ble også brukt i kontraktutkastet. Nemnda var på denne bakgrunn enig med klager i at den rimelig velinformerte og normalt påpasselige leverandøren måtte legge til grunn at å tilby en ressursperson med minimum treårig bachelor i ingeniørfag var en forutsetning for å oppfylle kvalifikasjonskravet om nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten.

KOFA konferansen 2018
Hold av datoen 8.november 2018
Vi vil komme tilbake til påmelding og program.
Følg med på KOFA.no

Avgjørelse om et tildelingskriteriums egnethet

Klagenemndas avgjørelse i sak 2017/350 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om flytte- og lagringstjenester, internasjonale forsendelsestjenester og fortollingstjenester. Anskaffelsen var delt opp i delkontrakter.

Rammeavtalen skulle tildeles leverandøren som ga det tilbudet som hadde best forhold mellom pris og kvalitet basert på den tilbudt kompetanse (30 prosent), løsningsforslag og leveringsdyktighet (30 prosent) og pris (40 prosent).

Priskriteriet skulle poengsettes på bakgrunn av et utfylt prisskjema. I prisskjemaet skulle det oppgis priser for ulike kategorier av flyttetjenester til og fra ulike utenriksstasjoner og Norge. Det skulle imidlertid ikke oppgis pris for flyttetjenester mellom ulike utenriksstasjoner. Disse flyttetjenestene var opplyst å utgjøre ca. en tredjedel av flyttetjenestene.

Spørsmålet for nemnda var hvorvidt tildelingskriteriet var egnet til å identifisere det tilbudet som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, all den tid omlag en tredjedel av oppdraget ikke skulle prissettes. Med bakgrunn i tidligere nemndspraksis og avgjørelsen fra EU-domstolen i Beentjes-saken, uttrykte nemnda at et tildelingskriterium må legge opp til å premiere relevante styrker og svakheter ved tilbudene for å være egnet til å identifisere tilbudet med best forhold mellom pris og kvalitet. For priskriteriet innebar dette at tilbudene skal premieres ut fra prisen oppdragsgiver skal betale for den etterspurte ytelsen.

Nemnda la til grunn at oppdragsgiver ut fra rammeavtalen ville være bundet til å kjøpe de aktuelle tjenestene fra valgte leverandør hvis oppdragsgiver skulle kjøpe flyttebistand mellom utenriksstasjonene. Oppdragsgiver hadde ikke lagt andre føringer for hvilken pris som skulle betales for disse tjenestene.

Tjenestene utgjorde en betydelig del av anskaffelsen. Uten at prisene var inkludert, vil en stor del av prisen være holdt utenfor beregningsgrunnlaget. Det var da en stor risiko for at de beregnede tilbudsprisene ikke ga et representativt grunnlag for sammenlikningen av leverandørenes prisnivå på det samlede oppdraget.

Nemnda konkluderte på bakgrunn av dette med at kriteriet ikke var egnet til å identifisere tilbudet med best forhold mellom pris og kvalitet, og at det dermed var ulovlig. Innklagedes begrunnelse om at det store antallet potensielle kombinasjoner av avreise- og ankomstdestinasjoner ville gjøre det uforholdsmessig vanskelig å innhente priser, ble ikke ansett å legitimere bruken av tildelingskriteriet.

**Du kan nå også lese Klagenemndssekretariatets
Årsmelding for 2017 på
KOFA.no**

Avgjørelse om arbeidsmarkedsopplæring

Klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2017/118 og 2017/121 gjaldt rammeavtaler om arbeidsmarkedsopplæring (etablererkurs). Klagerne hevdet at rammeavtalene skulle vært kunngjort, og at oppdragsgiver hadde brutt kunngjøringsplikten.

Denne anførselen førte ikke frem. Klagenemnda kom til at arbeidsmarkedsopplæring var en helse- og sosialtjeneste. Ettersom kontraktsverdien ikke oversteg EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner for helse- og sosialtjenester, gjaldt ikke kunngjøringsplikten i TED-databasen. Det er heller ikke oppstilt en lavere nasjonal terskelverdi for anskaffelser av slike tjenester. Anskaffelsen fulgte derfor forskriften del I, og det forelå ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Nemnda fant grunn til kommentere bakgrunnen for at slike tjenester er underlagt reglene for helse- og sosialtjenester. Dette omtales i fortalen til 2014-direktivet premiss 114. Her vises det til at slike tjenester etter sin natur har en begrenset grenseoverskridende dimensjon, og at disse tjenesteytelsene «leveres i en særlig sammenheng» som er forskjellig fra medlemsstat til medlemsstat som følge av forskjellige kulturelle tradisjoner.

Klagenemnda vurderte også om innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved ikke å invitere klagerne til å inngi tilbud i konkurransen.

Klagerne viste til at de ble rangert som nummer 2 og nummer 3 i en tidligere konkurranse som hadde blitt avlyst. Det var til sammen 14 leverandører som deltok i den tidligere konkurransen. Ut ifra et ønske om å reduserte de administrative byrdene ved gjennomføringen av konkurransen, valgte innklagede å begrense antall inviterte leverandører til seks.

Nemnda viste til at en oppdragsgivers valg om å invitere enkelte leverandører, er et utslag av at de grunnleggende prinsippene ikke alltid peker i samme retning. Det er i utgangspunktet overlatt til oppdragsgivers skjønn å avveie hvordan de ulike hensynene skal forenes i et slikt tilfelle. Sentralt ved denne avveiningen vil være å fremme lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

At klagerne deltok i den avlyste konkurransen gav dem ikke uten videre en berettiget forventning om å delta i den neste. Klagenemnda kom imidlertid til at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 4 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valget av hvilke leverandører som ble invitert til å delta i den nye konkurransen.

Det eneste innklagede hadde meddelt om hvordan utvelgelsen hadde skjedd, var at utvelgelsen «er basert på tidligere erfaring og kjennskap til markedet», og at valget har skjedd basert på en helhetsvurdering. Med bakgrunn i at klagerne var rangert høyt i den tidligere konkurransen som ble avlyst, skulle innklagede i dette tilfellet gitt en mer konkret begrunnelse for utvelgelsen slik at det var mulig å etterprøve om oppdragsgivers valg var saklig begrunnet.

Avgjørelse om ulovlig endring av meddelt evalueringsmodell

Klagenemndas avgjørelse i sakene 2017/169 og 2017/176, som ble forent til behandling i nemnda, gjaldt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp og pakking av legemidler.

Rammeavtalen skulle tildeles leverandøren som ga tilbudet med best forhold mellom pris eller kostnad og øvrige tildelingskriterier. Evalueringen skulle gjøres etter kriteriene pris (75 prosent), bestillingsløsning (10 prosent) og kvalitetssikring (15 prosent).

Priskriteriet var igjen delt opp i tre underkriterier: Fast prosentvis rabatt fra Legemiddelverkets fastsatte maksimalpriser på ulike legemiddelkategorier (65 prosent), pris på pakking (30 prosent) og pris på haste- og akuttbestillinger (5 prosent).

Oppdragsgiver hadde på forhånd meddelt at tilbudsprisene ville bli evaluert basert på en formel. Denne formelen utgorde en lineær evalueringsmodell hvor priser som var mer enn dobbelt så høye som laveste pris normalt ville føre til minuspoeng.

Valgte leverandør tilbød pakkepriser som ga evalueringspris på -240 000 kroner, Norsk Medisinaldepot AS tilbød å utføre tjenesten gratis, mens Boots Norge AS ga tilbød pakkepriser som ga en evalueringspris på 0,538 kroner.

Dersom innklagede hadde lagt til grunn den allerede meddelte formelen, ville valgte leverandør fått ti poeng, mens de to andre tilbyderne ville fått ca. 20 poeng (før vekting) for dyrere tilbud.

Med sikte på å gjøre prisene sammenliknbare valgte oppdragsgiver å tillegge samtlige tilbud en sum på 240 001 kroner. Etter justeringen fikk valgte leverandør ti poeng, mens de to andre tilbyderne fikk ca. 2,4 millioner minuspoeng (før vekting).

Hovedspørsmålet for nemnda var hvorvidt dette var i tråd med regelverket. Nemnda viste til tidligere praksis hvor det var blitt lagt til grunn at oppdragsgivere ikke har adgang til å endre evalueringsmodeller som er meddelt tilbyderne på forhånd. På bakgrunn av at tilbyderne ville fått andre poengsummer dersom evalueringsmodellen ble anvendt slik den var meddelt, kom nemnda til at oppjusteringen av tilbudssommene representerte en endring av evalueringsmodellen i strid med regelverket. Det forhold at modellen ikke var egnet kunne ikke rettferdiggjøre at en forhåndsmeddelt modell ikke ble fulgt.

Nemnda uttalte også at konkurransen måtte avlyses.