



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

■ Nyhetsbrev fra KOFA

Det er nå ett år siden endringene i anskaffelsesregelverket trådte i kraft. Gebyrmyndigheten ble overført til domstolene og klagegebyret økte fra 860 kroner til 8000 for en vanlig klagesak, og fra å være gratis koster det nå 1000 kroner å klage inn en ulovlig direkte anskaffelse.

Kofa har merket en betydelig reduksjon i antall klagesaker siden lov og forskriftsendringene. Kofa mottar nå i snitt 10 saker i måneden. Hvis dette fortsetter vil Kofa motta ca. 120 saker i året. Dette er over en halvering av innkomne saker i årene før endringene. Vi ser at Kofa spesielt har mottatt betydelig færre klager på ulovlige direkte anskaffelser, bare 13 saker så langt. Noen av disse er saker der Kofa har myndighet til å ilegge gebyr fordi kontrakt er inngått før lovendringene, mens noen er saker der Kofa kun kan gi en rådgivende uttalelse på om det har funnet sted en ulovlig direkte anskaffelse. Restansene har gått betydelig ned som følge av færre innkomne klager, men det vil ennå ta en stund før man merker nedgang i den generelle saksbehandlingstiden. Dette er fordi Kofa fremdeles behandler en del gamle saker fra 2011 som gjør at saksbehandlingstiden blir høy. For prioriterte saker er det fremdeles lav saksbehandlingstid. I løpet av 2 måneder har man fått en avgjørelse fra Kofa om innklagede venter med kontraktsinngåelse til Kofas avgjørelse foreligger.



Anneline Vingsgård, sekretariatsleder

■ Kontraktsoverdragelse var ikke ulovlig i Nødnettsaken

Dette konstaterer KOFA i en sak som Nordisk Mobiltelefon International AB og Ice Norway AS hadde brakt inn for klagenemnda.

Saken gjaldt endring av leverandør i avtaler om nødnettutbyggingen i Norge. Nokia Siemens Networks Norge AS (NSN) var Direktoratet for Nødkommunikasjon sin kontraktspart. Kontrakten ble senere overført til Motorola Solutions Norway AS (Motorola) uten at anskaffelsen ble kunngjort, og det sentrale spørsmålet i saken var om dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemnda tok utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (pressetext). I denne avgjørelsen uttalte EU-domstolen at en endring av leverandør som utgangspunkt er en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, som likestilles med å inngå en ny avtale. Det er likevel ikke avklart hvilke forhold som kan begrunne et unntak fra dette

utgangspunktet, og hvilken terskel som skal ligge til grunn. Ut fra andre avgjørelser fra EU-domstolen og juridisk teori kunne det likevel utledes en del momenter som var relevante. Klagenemnda fremhevet i denne forbindelse følgende forhold:

Motorola var allerede fra kontraktsinngåelsen underleverandør for sentrale elementer i leveransen av nødnettet. Kontraktenes varighet var lang, opp til 20 år, og innebar betydelige investeringer. Kontraktene ble videreført på samme vilkår som tidligere. På tidspunktet for overføringen var det svært lite annen virksomhet i NSN enn nødnettkontraktene, og Motorola overtok personell og utstyr i tillegg til kontrakten. Før overdragelsen gjorde KPMG en vurdering av den økonomiske og finansielle stillingen for konsernet hvor Motorola Solutions Inc er konsernspiss. Motorola Solutions Inc stilte gjennomføringsgarantier for avtaleoppfyllelsen overfor innklagede.

Foranledningen for overføringen var at NSN ved flere anledninger hadde misligholdt kontraktsforpliktelsene i avtalene med direktoratet. NSN hadde også misligholdt kontraktsforpliktelsene i relasjon til Motorola, som var NSNs underleverandør. Motorola sendte et termineringsvarsel til NSN som følge av NSNs mislighold. Konsekvensen dersom Motorola hevet ville være at NSN ikke lengre var i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Det ville føre ytterligere forsinkelse av nødnettutbyggingen, og påført staten

ytterligere utgifter. Det ville også føre til økt risiko for tap av menneskeliv dersom det i den perioden skulle skje hendelser som det eksisterende radionettet ikke klarte å håndtere.

At kontrakten under disse omstendighetene ble overdratt til Motorola utgjorde ikke en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, men en videreføring av kontrakten. Som følge av dette førte anførselen om ulovlig direkte anskaffelse ikke frem.

■ Første sak om begrunnelsesplikten etter lovendringene

I klagenemndas avgjørelse 22. april 2013 i sak 2013/21 behandlet klagenemnda for første gang den nye begrunnelsesregelen i forskriften § 11-14 (1). Saken gir veiledning når det gjelder hvilke krav til begrunnelse som nå gjelder.

Saken gjaldt en konkurranse med forhandling for anskaffelse av tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengige. Klager anførte blant annet at innklagede hadde brutt forskriften § 11-14 (1) ved at det var gitt en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør. Forskriftens bestemmelser om begrunnelse ble endret med virkning fra 1. juli 2012. Det var den nye bestemmelsen som gjaldt i denne saken ettersom konkurransen ble kunngjort etter 1. juli 2012.

Det skal etter den nye bestemmelsen i forskriften § 11-14 (1) kun gis én begrunnelse, i motsetning til etter de gamle reglene, der det skulle gis én uoppfordret begrunnelse og én nærmere begrunnelse til leverandører som anmodet om dette. Det følger av forskriftens nye § 11-14 (1) at "Oppdragsgiver skal i samsvar med § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenperiode før inngåelse av kontrakt) annet ledd gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale. Oppdragsgiver skal i begrunnelsen opplyse navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier."

I vurderingen av hvilke krav som stilles til begrunnelsen etter de nye reglene gjennomgikk klagenemnda forarbeidene til bestemmelsen, bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet og rettspraksis fra EU.

På bakgrunn av disse kildene kom klagenemnda til at "begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Begrunnelsen skal også være så presis og utfyllende at leverandørene kan bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning."

Innklagede hadde i foreliggende sak vedlagt en tabell som viste hvor mange poeng hver enkelt tilbyder fikk på tildelingskriteriene pris og kvalitet, og i tillegg var det opplyst om hvordan poenggivningen var gjennomført på tildelingskriteriet pris, samt at det i den vedlagte evalueringsrapporten var redegjort for hva som var det enkelte tilbuds styrker og svakheter på de forhold som innklagede hadde angitt at skulle bedømmes under tildelingskriteriet kvalitet. Innklagede hadde også pekt på de faktorer som var avgjørende for at et tilbud på tildelingskriteriet kvalitet ble vurdert bedre enn et annet. Klagenemnda fant at denne begrunnelsen oppfylte kravet til begrunnelse i den nye forskriften § 11-14 (1).

■ Oppdragsgivers valgfrihet er begrenset etter tildeling av kontrakt

Klagenemndas sak 2013/14 av 18. mars 2013 viser at oppdragsgivers valgfrihet er begrenset etter tildeling av kontrakt. Etter tildeling både kan og skal oppdragsgiver rette opp regelbrudd ved den foregående evalueringen, men øvrige endringer basert på en endret vurdering eller evaluering er ikke tillatt.

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rehabilitering av vann og avløp. Klager ble først tildelt kontrakt, men tildelingen ble senere omgjort og klager ble avvist. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-4 (4) ved å avvise klager, da innklagede ikke hadde påvist at det forelå feil ved den første vurderingen av klagers kvalifikasjoner og tilbud.

Det følger av forskriften § 13-3 (4) at oppdragsgiver kan annullere en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse, dersom "beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud)". Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning, herunder verken tildelingsevaluering eller vurdering av kvalifikasjoner, ut fra en endret skjønnsutøvelse. Dette betyr at oppdragsgiver senere enn tildeling både kan og skal rette opp regelbrudd ved den foregående evalueringen, men at øvrige endringer basert på endret vurdering eller evaluering ikke er tillatt.



I denne saken innebar dette at tildelingsbeslutningen bare kunne endres dersom det forelå regelbrudd som medførte avvisningsplikt etter forskriften § 20-12 (1) (forhold ved leverandøren) eller § 20-13 (1) (forhold ved tilbudet). Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde hatt plikt – og dermed heller ikke rett – til å avvise klager eller klagers tilbud. Klagers tilbud skulle derfor vært håndtert som et gyldig og virksomt tilbud. Innklagede hadde dermed brutt forskriften § 13-3 (4) ved å endre tildelingsevalueringen i klagers disfavør.

Nye nettsider www.kofa.no er lansert!

Den 24. juni ble Kofas nye nettsider lansert. Siden har fått ny menystruktur, bedre tekster og ny grafisk utforming. Hensikten er å gjøre siden mer brukervennlig. Avgjorte saker har fått bedre plass, og det er kommet et eget felt hvor spesielt viktige saker får en omtale av sekretariatet. Dette for at det skal være enklere for brukerne å finne frem til de avgjørelsene som det er viktig å merke seg.

Det er ikke gjort noe med søkemotoren i denne omgang. Arbeidet med dette vil bli satt i gang til høsten dersom det blir gitt midler til dette.

■ Plikt til til å hindre spredning av taushetsbelagt informasjon

Med henvisning til forvaltningsloven har oppdragsgiver etter forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 plikt til å hindre spredning av taushetsbelagte opplysninger. Oppdragsgivers plikt til å gi innsyn i tilbud etter offentleglova har også unntak for taushetsbelagte opplysninger. Ved avveiningen av om opplysninger skal unntas eller ikke kan oppdragsgiver stå overfor vanskelige avveininger.

I sak 2011/326 ga innklagede en konkurrent innsyn i klagers delpriser. Konkurransen ble i etterkant avlyst, og en ny tilsvarende konkurranse ble gjennomført.

Innklagedes begrunnelse for å gi innsyn i klagers delpriser var at klager ikke hadde sladdet områdeprisene i sitt tilbud. Etter konkurransegrunnlaget skulle tilbyderne sladde opplysninger som skulle unntas innsyn, og innklagede mente at klager ved unnlatt sladding hadde samtykket til

offentliggjøring. Klagenemnda påpekte at plikten til å hindre uvedkommende kjennskap til taushetsbelagt informasjon påhviler oppdragsgiver, og at klagers manglende sladding ikke ubetinget kunne oppfattes som et samtykke til offentliggjøring.

Klagenemnda måtte derfor ta stilling til om de konkrete opplysningene måtte regnes som forretningshemmeligheter, og uttalte seg om det nærmere vurderingstema etter forskriften § 3-6. Nemnda fant at det avgjørende var at innklagede, på tidspunktet det ble gitt innsyn, hadde en klar foranledning til å ta stilling til spørsmålet om konkurransen måtte avlyses. Avlysning ville medføre at klagers konkurrenter kunne utnytte kunnskapen om klagers områdepriser i den påfølgende konkurransen. På tidspunktet for innsyn var derfor prisinformasjonen av "konkurransemessig betydning å hemmeligholde" av hensyn til klager.

■ For kort tilbudsfrist gav plikt til å avlyse konkurransen

I sak 2011/221 konkluderte KOFA 22. april 2013 med at en tilbudsfrist på seks virkedager i en anskaffelse under nasjonal terskelverdi, var for kort og i strid med regelverket. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagede hadde foretatt en forenklet kunngjøring om anskaffelse av utvikling av en brettspillprototype. Brettspillet skulle belyse temaene skatteparadiser og ulovlig kapitalflyt, og ha en interaktiv komponent tilknyttet internett. Anskaffelsens verdi var under den nasjonale terskelverdien på kr. 500 000,-. Kunngjøringen fant sted 23. juni 2011 og tilbudsfristen var 30. juni 2011.

Klagenemnda fant at denne tilbudsfristen var for kort, og dermed i strid med kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Etter samme bestemmelse i forskriften gjelder det også et krav om at konkurransegjennomføringen må stå i forhold til det som skal anskaffes.



Likevel fant nemnda å måtte vektlegge at utviklingen av brettspill innebar noe nyskappingsarbeid, som nødvendigvis ville ta noe tid. Kunngjøringen var videre knapp og tilbyderne måtte selv ta kontakt med innklagede for å få ytterligere opplysninger om anskaffelsen, slik som tildelingskriterier og innklagedes nærmere tanker om spillet innhold og kvaliteter.

Videre skulle internettkomponenten utvikles i samarbeid med en ekstern tredjepart, og dennes tekniske løsninger. Tilbyderne måtte selv kontakte denne tredjeparten for å avklare de tekniske sidene rundt internettløsningen. Ettersom innklagede heller ikke hadde vist til noen saklig grunn for såpass kort tilbudsfrist, fant nemnda at en frist på bare seks virkedager var i strid med kravet til konkurranse.

Videre viste nemnda til tidligere praksis og praksis fra EU-domstolen om at innklagede plikter å

avlyse en konkurranse hvis det er begått feil som kunne påvirket deltakelse i konkurransen, eller dens utfall for klager. Siden tilbudsfristen har vesentlig betydning for leverandører og bare to tilbydere hadde deltatt i denne konkurransen, kunne man etter klagenemndas vurdering ikke se bort fra at den ulovlig korte tilbudsfristen hadde påvirket deltakelse i eller utfallet av konkurransen. Innklagede pliktet da å avlyse konkurransen.

Ny sekretariatsleder i Kofa

Det er nestleder i Kofa sekretariatet Erlend Pedersen som går inn i vikariatet for Anneline Vingsgård når hun tiltrer stillingen som nasjonal ekspert i EU kommisjonen til høsten. Erlend har jobbet i Kofa sekretariatet siden 2006 og har vært i stillingen som nestleder siden høsten 2011. Han har også tidligere fungert som sekretariatsleder i Kofa ved sekretariatsleders lengre fravær fra stillingen.

Kofas årlige fagdag

Kofa arrangerer også i år fagdag. Dagen planlegges til den 8. november, og som i fjor holdes arrangementet på Universitetet i Bergen.



Erlend Pedersen, ny sekretariatsleder fra 1. september