



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Hei alle sammen!

Da nærmer det seg sommerferie, og vi i KOFA er nå i siste innspurt før vi tar ferie i juli. Denne våren har hos oss vært preget av at vi nå har fullt fokus på å komme oss ned på ønsket saksbehandlingstid på maks ca. 3 måneder i alle saker så raskt som mulig. Siden vi nå etter 1. juli 2012 mottar færre nye saker i måneden enn det vi klarer å få avgjort, går restansene våre sakte men sikkert nedover. Vi har pt. avgjort alle gebyrsaker innkommet før 2014 og alle rådgivende saker innkommet før 1. juli 2012. Etter ferien, er første mål å avgjøre de resterende gebyrsakene vi har liggende og avgjøre alle rådgivende saker innkommet før 2013. Dette håper vi å være i mål med innen utgangen av september.



Sekretariatsleder Erlend Pedersen

Datoen for årets KOFA-konferanse er nå fastsatt. Dette blir den 31. oktober og årets tre tema er de viktigste KOFA-avgjørelsene fra siste år, konkurranserettsreglene og anskaffelsesreglene og tilslutt blir det paneldebatt om Forenklingsutvalgets forslag til nye særnorske anskaffelsesregler med representanter fra blant annet KOFA's nemnd, NHO, KS og LO. Vi håper og tror at dette er tre tema som vil interessere de fleste av dere så da er det bare å blokke denne dagen i kalenderen deres. Mer informasjon og påmelding vil komme på våre hjemmesider rette over sommeren. Det er begrensede plasser, så her blir det førstemann til mølla!

Da gjenstår det bare for meg å ønske dere en riktig god sommer og kos dere med nyhetsbrevet!

■ Manglende opplysninger om anskaffelsens anslåtte verdi og omfang kan medføre avlysningsplikt

Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at oppdragsgiver i henhold til kravet til forutberegnelighet i loven § 5 har plikt til å: "gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag å inngi tilbud på basis av". Nøyaktig hvilke opplysninger som må gis beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

Sak 2012/213 gjaldt inngåelse av rammeavtale om arbeidsrettet rehabilitering for regionene Kristiansand, Lindesnes og Lister i Vest-Agder. Innklagede hadde ikke gitt opplysninger om anskaffelsens anslåtte verdi eller omfang, verken i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, og det ble anført at dette var i strid med regelverket.

Klagenemnda viste til at det følger av forskriften § 9-1 at oppdragsgiver skal utarbeide en kunngjøring i samsvar med kunngjøringsskjemaer fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirke-departementet, og at det av kunngjøringsskjemaet fremgår at tilbyderne skal opplyse om anskaffelsens samlede mengde eller omfang inkludert delarbeider, delleveranser og opsjoner.

Anskaffelsen gjaldt en kompleks tjeneste, for et relativt stort geografisk område. Innklagede hadde heller ikke gitt opplysninger om hvor mange brukere det var antatt at ville bli omfattet av rammeavtalen, slik at tilbyderne på denne måten selv kunne vurdere omfanget på anskaffelsen.

Ettersom anskaffelsen gjaldt en uprioritert tjeneste, sa heller ikke det at anskaffelsen var kunngjort etter forskriften del II noe om anskaffelsens verdi eller omfang.

Klagenemnda fant på denne bakgrunn at opplysninger om anskaffelsens verdi og omfang var av vesentlig betydning for tilbyderne, både i vurderingen av om tilbud skal innleveres og ved utformingen av tilbudet, og at innklagede dermed hadde en plikt til å opplyse om anskaffelsens anslåtte verdi eller omfang. Basert på dette hadde innklagede brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved ikke å opplyse om anskaffelsens anslåtte verdi eller omfang. Ettersom denne feilen ikke kunne rettes på annen måte enn ved utlysning av ny konkurranse hvor anskaffelsens verdi og omfang opplyses, fant klagenemnda at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.



■ Saklig grunn til å avlyse selv om avlysningsbehovet skyldes oppdragivers egen mangelfulle planlegging

Klagenemnda fant 19. mai 2014 i sak 2012/183 at det forelå saklig grunn til å avlyse en konkurranse, selv om avlysningen var begrunnet i forhold på innklagedes side som kunne vært unngått ved bedre planlegging. Men nemnda fant også at innklagede kunne være erstatningsansvarlig for de utgiftene denne unødige pådro leverandører, ved å kunngjøre en konkurranse som ikke var tilstrekkelig forberedt.

Veterinærinstituttet kunngjorde i mai 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av to sanntids PCR-maskiner til sine laboratorier i Trondheim og Oslo. Hvert laboratorium hadde utarbeidet egne kravspesifikasjoner, i tillegg til at det var oppstilt noen felleskrav til maskinene. Men selv om det i utgangspunktet var samme maskin som skulle anskaffes til begge laboratoriene, var de samlede kravspesifikasjonene ulike for hvert laboratorium.

I tilbudsevalueringen etter mottak av tilbudene, oppdaget innklagede de problemene ulike kravspesifikasjoner kunne medføre.

Blant annet kunne det skape utfordringer med å overføre metoder fra laboratoriet i Oslo til det i Trondheim, som følge av ulike molekylære instrumenter hos de forskjellige laboratoriene. Innklagede så dermed et behov for å harmonisere sine aktiviteter, arbeidsprosesser og tilhørende utstyr.

Siden konkurransegrunnlaget ga uttrykk for lokale behov i stedet for innklagedes overordnede behov, avlyste innklagede derfor konkurransen.

Bio-Rad Laboratories AB brakte saken inn for klagenemnda, og anførte at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, all den tid avlysningsgrunnen skyldtes behov som innklagede kunne og burde avklart før kunngjøringen.

Klagenemnda fant at det var saklig grunn til å avlyse konkurransen, ellers ville en oppdragsgiver i utgangspunktet være forpliktet til å gjennomføre en anskaffelse som ikke lenger speilte oppdragsgiverens reelle behov.

Resultatet i denne saken er således i tråd med klagenemndas praksis de siste årene, men skiller seg fra eldre praksis som ga uttrykk for at det ikke var saklig grunn til å avlyse en konkurranse dersom begrunnelsen for avlysningsbehovet var mangelfull planlegging fra oppdragsgivers side.

Videre antok klagenemnda at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen var oppfylt for klagers vedkommende, selv om avlysningsgrunnen var saklig. Innklagede burde vurdert sitt behov grundigere før kunngjøring fant sted, og unnlåtelsen av det kunne representere et ansvarsgrunnlag.

Saken illustrerer at spørsmålet om saklig grunn til avlysning må vurderes objektivt og løsrevet fra det subjektive spørsmålet om oppdragsgiveren kan klandres og dermed også bli erstatningsansvarlig. Erstatningsansvar kan således i utgangspunktet foreligge etter den alminnelige ulovfestede erstatningslæren, selv om avlysningsreglene ikke er brutt.

■ Utbyggingsavtale kunne ikke regnes som ulovlig direkte anskaffelse av en bygge- og anleggskontrakt

Klagenemnda har i sak 2013/35 behandlet spørsmålet om en utbyggingsavtale måtte anses som en ulovlig direkte anskaffelse av en bygge- og anleggskontrakt.

Lenvik kommune hadde inngått en avtale med en utbygger om utbygging av et boligfelt. Kommunen skulle også bidra med delfinansiering av en bro/ elvekryssing og en støttemur i utbyggingsområdet, oppad begrenset til 50 % av kostnadene. Kostnadene for øvrig ble dekket av utbygger. Av utbyggingsavtalen var det også tatt inn bestemmelser om kommunens overtakelse av kommunalteknisk infrastruktur, som vei og vann- og avløpsanlegg.

Klager anførte at avtalen måtte regnes som en bygge- og anleggskontrakt i relasjon til regelverket om offentlige anskaffelser, blant annet med henvisning til EU-domstolens avgjørelser i sakene C-399/98 (Scala), C-220/05 (Roanne) og plan- og bygningslovens forarbeider.

Ved vurderingen av om utbyggingsavtalen var en "offentlige kontrakt[...] om [...] utførelse av bygge- og anleggsarbeider", kom klagenemnda til at spørsmålet i prinsippet berodde på den rettslige klassifiseringen av avtalen, slik at kontraktens hovedformål avgjør hvilke regler som finner anvendelse.

Nemnda fant det klart at hovedformålet med avtalen var utbygging av et boligfelt i privat regi, og at krav fra kommunen med hensyn til infrastruktur var forutsetninger for å kunne gjennomføre dette, men ikke formål i seg selv. Det ble vist til at det gjelder en rekke begrensninger for utbyggings- avtaler i plan- og bygningsloven og tilhørende forskrifter, og at lovlige utbyggingsavtaler etter disse reglene, normalt vil falle utenfor regelverket for offentlige anskaffelser.



■ Unntaket for utvidet egenregi kan også omfatte omvendt vertikalt samarbeid

Klagenemndas avgjørelse i sak 2013/99 gjaldt spørsmålet om vilkårene for utvidet egenregi var oppfylt ved et såkalt omvendt vertikalt samarbeid, hvor datterselskapet opptrer som oppdragsgiver og morselskapet er leverandør.

Universitetssykehuset Nord-Norge HF, som er underlagt Helse Nord RHF, inngikk i 2009 en avtale med IKT-avdelingen til Helse Nord RHF om kjøp av datamaskinrelaterte driftstjenester. Kontrakten hadde en estimert verdi på ca. 70 millioner kroner, men ble ikke kunngjort, og Bedriftssystemer AS brakte saken inn for KOFA med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjorde gjeldende at kontrakten falt utenfor regelverket etter unntaket for utvidet egenregi. Dette unntaket, hevdet innklagede, måtte gjelde også i et tilfelle som det foreliggende, hvor morselskapet (Helse Nord RHF) er leverandør og datterselskapet (Universitetssykehuset Nord-Norge HF) er oppdragsgiver.

Klagenemnda fant at Helse Nord RHF utøvde en kontroll over innklagede (Universitetssykehuset Nord-Norge HF) som tilsvarte den kontrollen en oppdragsgiver har over sin egen virksomhet. Ergo var kontrollkriteriet for utvidet egenregi oppfylt.

Siden det ikke var omstridt at også omsetningskriteriet var oppfylt, kunne Helse Nord RHF lovlig tildele kontrakter til innklagede.

Forholdet her var imidlertid at det hadde skjedd en kontraktstildeling den andre veien, altså fra innklagede til Helse Nord RHF.

Klagenemnda har ikke tidligere tatt stilling til hvorvidt et omvendt vertikalt samarbeid faller inn under unntaket for utvidet egenregi, og i EU-domstolen har unntaket hittil bare vært anvendt på vertikale samarbeidskonstellasjoner, jf. blant annet C-107/98 (Teckal). Dette, uttalte nemnda, kunne imidlertid ikke være avgjørende. Det avgjørende måtte etter klagenemndas oppfatning være at de hensyn som ligger bak unntaket for utvidet egenregi, gjorde seg gjeldende i en samarbeidskonstellasjon som den foreliggende, og at ikke andre mothensyn gjorde seg gjeldende i en slik grad at samarbeidskonstellasjonen ikke kunne aksepteres.

På denne bakgrunn kom nemnda til at samarbeidet falt innenfor unntaket for utvidet egenregi, og at det dermed ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse.

I det nye direktivet (2014/24/EU) er omvendt vertikalt samarbeid regulert i artikkel 12 nr. 2, som uttrykkelig unntar slikt samarbeid fra direktivets anvendelsesområde, dersom de øvrige vilkårene (omsetningskriteriet og kontrollkriteriet) er oppfylt. KOFAs avgjørelse er dermed i tråd med det nye direktivet "

Dersom du vil vite siste nytt om det som skjer på kofa.
Gå inn på KOFA.NO

■ Ikke alltid du kan kjøpe tomt og bygge- og anleggsarbeid sammen

Anskaffelsesreglene oppstiller i utgangspunktet ikke noe forbud mot å koble sammen en anskaffelse av fast eiendom og en entreprisekontrakt. Hvorvidt en slik fremgangsmåte er i tråd med regelverket, vil imidlertid bero på en konkret vurdering, og det kreves at oppdragsgiver påviser objektive grunner for hvorfor dette vil velges og sørger for at konkurransen ikke unødvendig begrenses.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2012/166 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av 10 nye kommunale omsorgsboliger, og hvor tilbyderne også skulle skaffe tomt til å oppføre boligene på, i nærheten av det eksisterende Vossastrand omsorgstun. Et av kriteriene for tildeling av kontrakt, var avstand til omsorgstunet.

Klager anførte at regelverket var brutt fordi kommunen før konkurransen ble utlyst, var klar over at valgte leverandør var den eneste som hadde tilgjengelig tomt i nærheten av det eksisterende omsorgstunet. Da kommunen stilte krav om at tilbyder måtte skaffe tomt til boligene, og i tillegg vektla nærhet til det eksisterende omsorgstunet, var det kun valgte leverandør som kunne levere. Det ble dermed ikke sørget for reell konkurranse mellom tilbyderne.

Spørsmålet nemnda måtte ta stilling til var om kommunen hadde brutt regelverket ved å ikke sørge for rettferdig og jevnbyrdig konkurranse mellom tilbyderne. Klagenemnda fant at kommunen hadde brutt loven § 5 i dette konkrete tilfellet. Nemnda viste til klagenemndas avgjørelse i sak 2006/21, hvor klagenemnda tok stilling til et lignende spørsmål. Nemnda påpekte her at oppdragsgiver i utgangspunktet har et relativt vidt skjøn i vurderingen av hvilke behov som skal dekkes ved en kunngjort konkurranse, og i hvilken grad forskjellige ytelser skal kobles sammen. Flertallet uttalte videre at anskaffelsesreglene ikke oppstiller noe ubetinget og generelt forbud mot å koble sammen en anskaffelse av fast eiendom og en entreprisekontrakt.



Men, det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt fremgangsmåten diskriminerte leverandører på grunn av lokal tilhørighet, eller usaklig begrenset konkurransen.

Et sentralt moment i vurderingen, var hvorvidt oppdragsgiver kunne påvise objektive grunner for fremgangsmåten, og at konkurranse ikke var utelukket ved sammenkoblingen. Tilsvarende utgangspunkt måtte legges til grunn for vurderingen i sak 2012/166.

I sak 2012/166 hadde kommunen verken i konkurransegrunnlaget eller i etterfølgende prosesskrift gitt en spesifikk begrunnelse for at konkurransen måtte gjennomføres på den angitte måten. Det var heller ikke dokumentert at det var foretatt en vurdering av ulike måter å gjennomføre konkurransen på, og at den valgte måten var best egnet. I og med at valget av fremgangsmåte for anskaffelsen begrenset konkurransen, måtte det forventes at innklagede kunne dokumentere at det var foretatt slike vurderinger. Innklagede hadde ikke dokumentert at det var nødvendig å kjøpe tomt sammen med oppføring av omsorgsboligene, og klagenemnda så dette som et brudd på loven § 5.

■ Kystverket gjorde ikke ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med oljevernaksjonen etter MV "Godafoss"-forliset

Etter forliset av containerskipet MV "Godafoss" 17. februar 2011, igangsatte Kystverket en statlig oljevernaksjon. Klager anførte at Kystverket under denne aksjonen hadde gjennomført ulovlige direkte anskaffelser av avfallshåndtering, drift av vaskestasjon, leie av slepebåter og lektere, og oljeanalyser.

Klagenemnda vurderte først hvorvidt Kystverket hadde hjemmel til å unnlate kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav c, fordi denne plikten ikke gjelder "dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift". En tilsvarende regel er gitt for anskaffelser som normalt følger forskriften del II, i § 2-1 (2) bokstav c.

Klager mente at havari med påfølgende oljevernaksjoner statistisk sett skjer med en slik frekvens, at Kystverket burde ha tatt høyde for dette ved å kunngjøre og etablere rammeavtaler for de aktuelle varene og tjenestene. Partene hadde i utstrakt grad redegjort for sannsynligheten for slike havarier, og belyst ulike aspekter ved disse. Klagenemnda kom etter en helhetsvurdering til at havariet måtte anses som en "uforutsett omstendighet" / et "særlig[...] forhold [...] som oppdragsgiver ikke kunne forutse", jf. ovennevnte bestemmelser. Det kunne dermed også legges til grunn at de øvrige vilkårene i unntaket for hasteanskaffelser var oppfylt. Klagers anførsel om at disse representerte ulovlige direkte anskaffelser førte ikke frem.

Utførelsen av de ulike anskaffelsene hadde pågått i en viss tid etter at havariet skjedde. Forutsatt at havariet som sådan ikke kunne forutses, anførte klager at det kun var anskaffelsene av varer og tjenester i den umiddelbare akuttstiasjonen som kunne anskaffes i medhold av hasteunntaket. Klager mente at innklagede, for hver av anskaffelsene, skulle ha kunngjort den del av kontraktene som skulle utføres etter tiden det tok å gjennomføre en haste-prosedyre.



Klagenemnda konstaterte at det etter omstendighetene vil være en plikt til å dele opp anskaffelser der behovet vil vedvare over en periode, og at avgjørende i dette henseende vil være om det kan skje en oppdeling av kontrakten.

For enkelte av anskaffelsene, var det klart at kontraktene var så kortvarige, og for øvrig av en slik art, at det ikke kunne gjelde noen plikt til oppdeling. For anskaffelsen av avfallshåndtering, som var den største anskaffelsen som var påklaget, gjorde klagenemnda en nærmere vurdering av kontraktselementene. Selv om denne anskaffelsen delvis hadde pågått over en lengre periode, ble det ikke funnet tilstrekkelige holdepunkter til å konstatere at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å kunngjøre deler av denne. Når det gjaldt anskaffelsen av oljeanalyser og prøvetakingsutstyr, fant klagenemnda at verdien av anskaffelsene gjort etter akuttfasen ikke oversteg terskelverdiene for kunngjøring. Anskaffelsene, for den del som ble utført etter akuttfasen, var dermed heller ikke ulovlige direkte anskaffelser.

KOFAs årlige fagkonferanse – hold av datoen 31. oktober 2014

Årets fagkonferanse arrangeres fredag 31. oktober 2014 i Bergen. Programmet er variert, og inkluderer blant annet paneldebatt om Forenklingsutvalgets forslag til nye særnorske anskaffelsesregler.

Innledningsvis blir det innlegg fra den øverste ledelsen i KOFA og Konkurransetilsynet. Klagenemndas sekretariat vil så gjennomgå de viktigste avgjørelsene som er avsagt av KOFA siden forrige fagkonferanse i fjor høst. Etter dette vil Dr. Albert Sanches Graells, fra The University of Leicester, holde et spennende foredrag om samspillet mellom EUs konkurranserettsregler og anskaffelsesreglene – herunder utveksling av opplysninger som kan være konkurransesensitive. Tilslutt er det så tid for paneldebatt om Forenklingsutvalgets forslag til nye særnorske anskaffelsesregler (NOU 2014: 4). Utvalget foreslår til dels vesentlige endringer i regelverket, så her er det mange punkter som det er bra å få belyst fra flest mulig synsvinkler. I panelet sitter representanter fra Forenklingsutvalget, NHO, KS, LO og KOFA – bare for å nevne noen. Professor Kai Krüger i KOFA er ordstyrer. Dette er altså noe du ikke bør gå glipp av!

Fagkonferansen arrangeres på samme sted som i fjor, dvs. på Egget i Studentsenteret ved Universitetet i Bergen.

Påmeldingsopplysninger og nærmere program vil bli lagt ut på vår hjemmeside rett over sommeren.

Vi ønsker alle våre lesere en riktig god sommer

