



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

Velkommen til årets KOFA konferanse

2016 er et merkeår for oss som driver med offentlige anskaffelser. En revidert lov om offentlige anskaffelser vil erstatte loven fra 2006, og tre nye forskrifter erstatter dagens to. Det vil gjøres store regelendringer for nasjonale anskaffelser under EØS-terskelverdiene, og tre EU-direktiver om offentlige anskaffelser skal gjennomføres i norsk rett.

I tillegg gis KOFA myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser med gebyr. KOFA hadde denne myndigheten for kontrakter inngått inntil 1. juli 2012, men siden regelendringen har håndhevelsen ligget nede, og de preventive virkninger uteblitt. Ulovlige direkteanskaffelser er det mest alvorlige bruddet på regelverket, og KOFA imøteser det økte fokuset gjeninnføring av myndigheten vil gi. Med dette bakteppet har vi sydd sammen programmet for årets konferanse, og vi inviterer med glede til en konferanse spekket med gode foredrag og godt selskap.

Statssekretær i Nærings- og fiskeridepartementet, Lars Jacob Hiim vil åpne konferansen. Vi ser frem til å høre om regjeringens arbeid med anskaffelsespolitikken. Departementet er også representert ved underdirektør Liv Lunde, fra anskaffelsesseksjonen i konkurransepolitisk avdeling, som skal orientere om det nye regelverket

Klagenemndas leder, tidligere høyesterettsdommer Georg Fredrik Rieber-Mohn, vil innlede dagen. Styrket håndhevelse av ulovlige direkteanskaffelser har vært etterlyst i lang tid, og KOFA gjør de nødvendige forberedelsene for at tilbakeføringen av gebyrmyndigheten skal lykkes. KOFA-sekretariatets direktør Anneline Vingsgård vil gi en statusrapport for KOFA, og juridiske saksbehandlere i sekretariatet vil presentere viktige avgjørelser fra året som har gått siden sist konferanse.



Sekretariatsleder Anneline Vingsgård

Vi har også gleden av å tilby foredrag fra Konkurransetilsynet ved konkurransedirektør Lars Sørgard og spesialrådgiver Sverre Wold Gaulen.

De vil gi innblikk i tilsynets arbeid med ulovlig anbudssamarbeid, og hvordan offentlige oppdragsgivere kan og skal bidra til å avdekke slike samarbeid. I det nye regelverket er det økt fokus på avvisning av leverandører som bryter konkurranse-loven, og dette krever at aktørene som er involvert i offentlige anskaffelser har kjennskap til reglene.

I tillegg til Georg Fr. Rieber-Mohn skal ytterligere to nemndsmedlemmer bidra med foredrag. Professor ved Universitetet i Bergen, Halvard Haukeland Fredriksen, skal snakke om vesentlige endringer av kontrakter. Grensen mellom lovlige og ulovlige endringer kan være vanskelig å trekke, og ulovlige endringer sanksjoneres som ulovlige direkte anskaffelser. Problemstillingen er for første gang regulert i årets nye regelverk, og foredraget vil omfatte både skrevne og uskrevne regler om vesentlige endringer.

Nemndsmedlem og advokat Kristian Jåtog Trygstad kommer for å foredra om evalueringsmodeller, og de rettslige skrankene for disse. Riktig bruk av evalueringsmodeller er viktig for å sikre at det beste

tilbudet tildeles kontrakten, og feil bruk vil ofte føre til at oppdragsgiver betaler mer og får dårligere leveranser. Temaet har vel fortjent fått økt oppmerksomhet det siste året, og både oppdragsgivere og leverandører bør være kjent med ny praksis fra EU-domstolen og KOFA.

Processråd Kristoffer Sällfors fra det svenske Konkurrentverket kommer for å fortelle om håndhevelsen av ulovlige direkteanskaffelser i Sverige.

Der gjøres det tilsyn med offentlige kontrakter, og Konkurrentverket går til sak for domstolene mot offentlige oppdragsgivere som tildeler kontrakter uten å følge kunngjøringsreglene.

KOFA ønsker velkommen til vår årlige fagkonferanse den 10. november 2016 på Clarion Airport hotell på Flesland i Bergen. Mer informasjon om påmelding får dere i nyhetsbrevet.

Vel møtt og god sommer

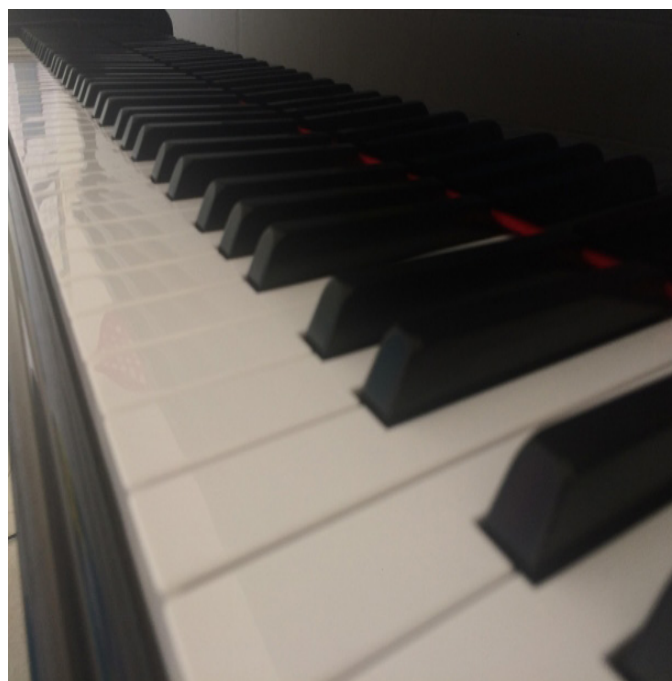
■ Anskaffelsen av konsertflygel var en ulovlig direkte anskaffelse

I klagenemndas sak 2016/39 behandlet klagenemnda kjøp av et konsertflygel av merket Steinway. Flekkefjord kommune kjøpte flygelet fra den norske Steinway-forhandleren uten å gjennomføre en kunngjort konkurranse om anskaffelsen.

Saken reiste flere problemstillinger. Den første var om det hadde betydning for kunngjøringsplikten at flygelet delvis ble finansiert gjennom en gave fra Flekkefjord Sparebank. Sparebanken hadde ikke stilt som vilkår for gaven at den skulle brukes til kjøp av et Steinway flygel. I en slik situasjon la nemnda til grunn at kjøpet som utgangspunkt måtte kunngjøres.

Den neste problemstillingen var om unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav a, for anskaffelser som bare kan foretas hos én leverandør, kom til anvendelse. Klagenemnda pekte innledningsvis på at det finnes flere forskjellige leverandører av konsertflyglar, og at unntaket som utgangspunkt da ikke var anvendelig. Klagenemnda var heller ikke enig med innklagede i at valget av flygel var bestemt av kunstneriske årsaker. Klagenemnda uttalte at: *"Klangbilde, allsidighet, utøverpreferanser, slitestyrke mv. kan, selv om de i og for seg er forutsetninger for de kunstneriske prestasjoner et flygel benyttes til, ikke anses som "kunstneriske årsaker" i anskaffelsesregelverkets forstand. De forhold som begrunner valg av leverandør i vår sak er derfor ikke i kjerneområdet for bestemmelsens anvendelsesområde."*

Nemnda poengterte også at det ikke er uvanlig at valg av tilbud vil kunne bero på en utpreget skjønnsmessig vurdering, og at dette ikke i seg selv ikke var



tilstrekkelig til å begrunne unntak fra anskaffelsesregelverket. Nemnda konkluderte derfor med at innklagede ikke hadde tilstrekkelige holdepunkter for å legge til grunn at Steinway var det eneste aktuelle konsertflygelet.

Innklagede mente også at unntaket for uforutsette omstendigheter i forskriften § 2-1 (2) bokstav c ikke kom til anvendelse. Under henvisning til juridisk teori og tidligere praksis fra klagenemnda, uttalte nemnda at unntaket bare var anvendelig dersom en utsettelse av kjøpet kan få alvorlige konsekvenser. I den grad unntaket overhodet var anvendelig for kjøp av et konsertflygel, hadde ikke innklagede sannsynliggjort at en utsettelse ville kunne få slike konsekvenser.

■ Kontrakt basert på en avlyst konkurranse var en ulovlig direkte anskaffelse

I sak 2016/13 tok klagenemnda stilling til hvorvidt det var en ulovlig direkte anskaffelse at innklagede inngikk kontrakt basert på en tidligere avlyst konkurranse.

Hå kommune kunngjorde og gjennomførte høsten 2015 en åpen anbudskonkurranse for å inngå avtale om tømning og spyling av septiktanker og sandfangkummer. Etter å ha tildelt kontrakt, men før den var signert, mottok kommunen en klage om at det var brukt ulovlige tildelingskriterier, og avlyste konkurransen på dette grunnlag. En ny konkurranse ble kunngjort og gjennomført, denne gangen med en annen vinner. Leverandøren som i første runde ble tildelt kontrakten klaget på den nye tildelingen. Innklagede besluttet å avlyse den nyeste konkurransen, omgjøre avlysningen av den første konkurransen, og inngikk kontrakt med denne leverandøren.

Saken reiste flere spørsmål. Når det gjaldt avlysningen av den første konkurransen kom klagenemnda til at det forelå plikt til å avlyse denne, og at det derfor var utelukket å omgjøre avlysningsbeslutningen på dette grunnlag. Begrunnelsen for å avlyse den andre konkurransen var at det ikke forelå plikt til å avlyse den første, og dermed var ikke denne avlysningen lovlig.

Det mest interessante spørsmålet var imidlertid om det utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt med valgte leverandør basert på dennes tilbud i den første konkurransen.

I en tidligere sak, 2008/5, hadde klagenemnda uttalt at totalforkastelse av tilbud medfører at tilbudene opphører å være bindende, jf. avtaleloven § 5, og at tilbudene "ikke [kan] gjøres virksomme igjen ved en omgjøring av beslutningen".

Nemnda baserte dette resonnementet på egen praksis om inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristen utløp, altså når det ikke foreligger bindende tilbud, og viste til at dette formelt måtte anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

Reglene om vedståelsesfrist ble imidlertid endret med virkning fra 1. juli 2012. Selv om tilbud har opphørt å være bindende fordi vedståelsesfristen er utløpt, har oppdragsgivere nå adgang til å spørre leverandørene om de vil fastholde tilbudene, såfremt forlengelsen ikke fører til en "vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud", og at forespørselen fremsettes "innen rimelig tid" etter fristens utløp (forskriften § 19-6). Dette tilsier at den rettslige klassifiseringen av en kontrakt inngått i en situasjon der det i utgangspunktet ikke foreligger bindende tilbud, er modifisert. Et slikt synspunkt ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2016/6, som er en viktig avgjørelse om reglene om vedståelsesfrist.

På bakgrunn av dette uttalte klagenemnda i denne saken at en kontraktsinngåelse i en konkurranse som på et tidligere tidspunkt har vært avlyst, ikke uten videre kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse (se premiss 30).

Det aktuelle tilfellet ble likevel, etter en konkret vurdering, ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda viste i denne forbindelse til at innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen, det ble kunngjort en ny konkurranse med andre tildelingskriterier, og en annen leverandør ble tildelt kontrakt. Klagenemnda fant også grunn til å nevne at en omgjøring av en avlysningsbeslutning i alle tilfeller vil kreve en ny tildelingsbeslutning, og derfor at det angis en ny karensperiode.

**Visste du at antall innkomne saker til KOFA øker?
Så langt i år har KOFA mottatt 30 % flere saker enn på samme tid i fjor.**

■ Krav til begrunnelsen i en lavest-pris konkurranse

Klagenemnda vurderte i sak 2015/143 for første gang begrunnelsesplikten i en lavest-pris konkurranse, hvor innklagede i tildelingsbegrunnelsen ikke hadde opplyst om evalueringsprisen. Saken ble derfor behandlet i stornemnd.

Anskaffelsen gjaldt en rammeavtale for polikliniske radiologitjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt begrunnelsesplikten i forskriften § 11-14 (1), ved ikke å opplyse hvilke evalueringspriser som ble lagt til grunn. Klagenemnda kom til at tilbydernes evalueringspris i utgangspunktet må oppgis i tilfeller hvor tilbudt pris er det eneste kriteriet tilbudene skal vurderes på bakgrunn av. I slike tilfeller vil prisen (totalpris eller evalueringspris) være det eneste oppdragsgiver kan opplyse om for å kunne gi en konkret begrunnelse for valg av tilbud. Det vil i motsatt fall ikke være nevneverdig innhold i begrunnelsesplikten ved tildelingskriteriet "lavest pris". Dersom oppdragsgiver gir en begrunnelse hvor det bare opplyses at valgte leverandør hadde den laveste prisen, vil dette ikke gi leverandørene særlig mulighet til å bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med regelverket, og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen. Ofte vil heller ikke total- eller evalueringsprisen gi tilbyderne mye informasjon, men tilbyderne vil likevel få betydelig mer informasjon enn ved bare å få opplyst at valgte tilbyder hadde lavest pris.

Prisinformasjonen kan gi grunnlag for å avdekke feil ved oppdragsgivers utregning av total- eller evalueringsprisen. For oppdragsgiver vil det vanligvis heller ikke være særlig byrdefullt å innta opplysninger om total- eller evalueringspris i begrunnelsen.

I praksis er det derfor først og fremst kravet til hemmelighold av opplysninger av konkurransemessig betydning som begrenser begrunnelsesplikten, jf. forskriften § 3-6, jf. forvaltningsloven § 13. Innklagede opplyste, noe klager ikke bestred, at markedet for radiologiske tjenester er spesielt. Det er få leverandører på markedet, og innklagede er den helt dominerende kunden. Aktørene er av forskjellig størrelse og må antas å ha ulike prissettingsstrategier. Gitt utfordringene med å opprettholde konkurransen på markedet for radiologiske tjenester og særtrekkene ved innklagedes tildelingsmodell, antok klagenemnda at det var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysninger som gav innsikt i konkurrentenes prissettingsstrategier. I dette konkrete tilfellet hadde innklagede dermed ikke brutt begrunnelsesplikten i forskriften § 11-14 (1) ved ikke å opplyse om hvilke evalueringspriser som ble lagt til grunn i evalueringen.

**Regjeringen har vedtatt at KOFA sekretariatet skal slås sammen med sekretariatene for Konkurransklagenemnda og fire andre sekretariater underlagt Kulturdepartementet
(Medieklagenemnda, Stiftelsesklagenemnda, Lotteriklagenemnda, Frivillighetsklagenemnda)
Se presse melding**

■ Klagenemnda splittet om lovligheten av evalueringsmodell

Sak 2016/33 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for sortimentskjøp av skolemateriell, kontor- og datarekvisita. Klager hadde fremmet en rekke anførsler knyttet til tilbudsevalueringen og innklagedes metoder ved denne. Klagenemnda kom til at det ikke forelå brudd på regelverket, selv om et mindretall mente at den forholdsmessige metoden anvendt ved omregning av priser til poeng var vilkårlig.

Troms fylkeskommune hadde ved prisevalueringen lagt opp til sammenligning av tilbudene opp mot to varekurver. I den ene skulle tilbyderne prise et kjernesortiment, og i den andre (øvrige sortiment) skulle det sammenlignes priser fra et stikkprøveutvalg. Tilbudene viste at klagers tilbud var klart billigst på kjernesortimentet, men klart dyrere enn valgte leverandør på det øvrige sortimentet.

Klager mente blant annet at det ikke var anledning til å basere evalueringen på et stikkprøveutvalg, fordi sammenligningskriteriene da ikke var kjente for tilbyderne ved tilbudsutformingen. Basert på etablert praksis og etablerte vilkår kom imidlertid klagenemnda til at det var lovlig å gjøre en stikkprøveevaluering.

Hvilke varer som skulle sammenlignes i stikkprøveevalueringen var i utgangspunktet fastsatt da rammeavtalen ble kunngjort. Ettersom ikke alle tilbudene inneholdt sammenlignbare produkter på disse varelinjene, ble imidlertid en del av disse tatt ut av evalueringen. Klager mente at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet. Klagenemnda uttalte at slike endringer, som altså skjer etter at tilbudene er åpnet, innebærer en risiko for favorisering av en leverandør, og at det derfor skal lite til for at endringene må anses for å virke diskriminerende. Innklagedes begrunnelse for å redusere antall stikkprøver fremstod imidlertid som saklig og forsvarlig, og det var ikke holdepunkter for at reduksjonen kunne ha virket diskriminerende.

Hovedspørsmålet i avgjørelsen var hvorvidt innklagede hadde brutt regelverket ved valg av evalueringsmodell – nærmere bestemt den matematiske formelen for omregning av priser til poeng. Nemnda skilte seg her i et flertall og et



Klagenemnda viste til at formelen ($\text{poeng} = 10 \cdot (\text{laveste pris}) / (\text{aktuell pris})$), kalt den forholdsmessige evalueringsmodellen, også var gjenstand for klagenemndas vurdering i stornemndsaken 2014/95. Bruken av den, som ikke var opplyst i konkurransegrunnlaget, måtte derfor underlegges testen som EU-domstolen foreskrev i sak C-331/04 (ATI). Dette innebærer at fastsettelse av evalueringsmodellen er ulovlig dersom modellen, hvis den hadde vært kjent på forhånd, kunne hatt betydning for tilbudsutformingen, hvis den endrer tildelingskriteriet, eller hvis den blir valgt basert på forhold som kan virke diskriminerende overfor en av tilbyderne.

Flertallet viste til at utformingen av pristilbudene ble gjort på noen kjente, og noen ukjente premisser, men at klager ikke hadde forklart hvordan priskriteriet ble forstått, eller hvordan premissene påvirket tilbudet. Det ble kommentert at modellen har visse iboende svakheter, men at bruken av den ikke uten videre er ulovlig. Nemnda konkluderte derfor med at klagers anførsler ikke ga grunnlag for å underkjenne innklagedes valg av evalueringsmodell.

Mindretallet la til grunn at oppdragsgiver skal kunne vise at valg av metode er gjennomtenkt, og at den valgte metoden er egnet til å identifisere relevante forskjeller mellom tilbudene. Innklagede hadde etter mindretallets oppfatning ikke vist dette. Både flertallets og mindretallets votum er utførlige, og viser to litt ulike tilnærminger til problemstillingen.

Meld deg på KOFAs fagkonferanse 2016

Temaet for årets konferanse er ulovlige direkte anskaffelser og sanksjoneringen av disse. Programmet dekker viktige tema som blir presentert av et bredt spekter med spennende foredragsholdere.

2016 er et merkeår for alle som driver med offentlige anskaffelser. Det vil gjøres store regelendringer for nasjonale anskaffelser under EØS-terskelverdiene og tre EU direktiver om offentlige anskaffelser skal gjennomføres i norsk rett. KOFA får tilbake gebyrmyndigheten og på konferansen får du mer kunnskap om hva dette konkret innebærer både i Norge og Sverige. Statssekretær Lars Jacob Hiim åpner konferansen og underdirektør Liv Lunde kommer fra Nærings- og fiskeridepartementet for å oppdatere dere om endringene. I tillegg får du foredrag og refleksjoner rundt viktige tema som:

- De viktigste KOFA avgjørelsene
- Når foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse ved endring av kontrakt?
- Hvordan kan man bruke evalueringsmodeller uten å komme i strid med regelverket for offentlige anskaffelser?
- Hva er ulovlig anbudssamarbeid og hvordan kan offentlige oppdragsgivere bidra til å avdekke dette?

Dato 10.november 2016 kl.09.30-16.30

Sted: Clarion Hotel Bergen Airport

Påmeldingsfrist 13.oktober 2016

Begrenset antall plasser, så meld deg gjerne på raskt

Pris: 1000kr/person

Se hele programmet og meld deg på www.kofa.no

**KOFA sekretariatet har flyttet i nye lokaler.
Sekretariatet er nå samlokalisert med Konkurransetilsynet
i nye lokaler i Zander Kaaes gate 7**

