



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Stabil klagetilstrømning til KOFA

Nytt regelverk har foreløpig ikke gitt større klagetilstrømning til KOFA. I første halvår av 2017 har KOFA mottatt 85 klager, og det har stabilisert seg på ca 15 innkomne saker i måneden.

KOFA har avgjort omtrent like mange saker som har kommet inn, og holder fremdeles en lav saksbehandlingstid (60 dager) når det gjelder prioriterte saker. For uprioriterte saker er det nå en gjennomsnittlig saksbehandlingstid for avgjorte saker på 6 måneder.

KOFA fikk tilbake gebyrmyndigheten fra 1. januar 2017, og skal nå ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser dersom oppdragsgiver har utvist forsett eller grov uaktsomhet. KOFA kan også ilegge gebyr dersom oppdragsgiver har utvist uaktsomhet. Foreløpig har KOFA kun mottatt tre klager hvor KOFA skal vurdere om det er grunnlag for å ilegge gebyr. En av sakene er allerede avgjort. I denne saken endte det med at KOFA kom til at det ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse.



Midlertidig leder Anneline Vingsgård

KOFA har også behandlet sin første sak om den nye konkurranseformen. Du kan lese mer om den i dette nyhetsbrevet.

Det skal handle om det nye regelverket på KOFAs konferanse den 9. november 2017. Regelverket er ennå ferskt og det er for tidlig å trekke konklusjoner om regelverksendringene har ført til forenklinger slik formålet var. Men vi vil likevel gjerne sette fokus på de erfaringer man foreløpig har gjort seg med de nye reglene. Vi har fått med oss de fremste ekspertene i anskaffelsesregelverket i Norge og England. Professor Sue Arrowsmith fra University of Nottingham har lenge stått på ønskelisten over foredragsholdere, og hun er viet stor plass under årets konferanse. Invitasjon og påmelding finner dere i nyhetsbrevet. Vær rask med påmeldingen hvis dere vil være sikker på å få plass. Vi har kun 400 plasser tilgjengelig.

Ønsker dere en riktig god sommer.

Anneline Vingsgård
Midlertidig leder for Klagenemndssekretariatet

Ny avgjørelse vedrørende krav som er omtalt som minimumskrav

I klagenemndas sak 2017/37 tok nemnda stilling til om ett av kravene som var oppstilt i konkurransegrunnlaget virkelig skulle forstås på den måten at det var et ufravikelig krav, og at tilbud som ikke oppfylte kravene skulle avvises fra konkurransen.

Saken gjaldt anskaffelse av rammeavtale for levering av multifunksjonsmaskiner. Innklagede hadde oppstilt som ett av en rekke minimumskrav at multifunksjonsmaskiner fra samme produsent skulle ha samme brukergrensesnitt på displayet. Valgte leverandør tilbød enkelte maskiner som hadde skjerm og tastebord, og andre som hadde berøringsskjerm. Klager anførte at kravet til samme brukergrensesnitt på displayet av denne grunn ikke var oppfylt. Klagenemnda kom til at det forelå et avvik fra kravet. Det sentrale spørsmålet i saken var om kravet, i lys av konkurransegrunnlaget for øvrig, kunne tolkes slik at innklagede hadde ment at tilbud som ikke oppfylte kravet uten videre skulle avvises.

Nemnda tok utgangspunkt i at når oppdragsgiver bruker begrepet minstekrav, eller her minimumskrav, vil det være nærliggende å forstå konkurransegrunnlaget slik at kravene er ufravikelige, og at tilbud som ikke oppfyller et slikt krav vil bli avvist. I denne forbindelse viste nemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2013/139, der nemnda uttalte at bruken av begrepet minstekrav bør forbeholdes krav som oppdragsgiver på forhånd ønsker å tilkjenne vil være ufravikelige. Videre ble det vist til klagenemndas utgangspunkt i tidligere saker: Forutsetningen for å anvende en ubetinget avvisningsregel er at konkurransegrunnlagets spesifikasjoner er utvetydige og ikke til å misforstå. Konkurransegrunnlaget måtte derfor underlegges en nærmere tolking.

Nemnda kom i dette tilfellet til at det samlet ikke var naturlig å forstå innklagedes bruk av begrepet minimumskrav på den måten at meningen var at ethvert avvik fra kravspesifikasjonen ville medføre avvisning. Dette på bakgrunn av at samtlige krav i kravspesifikasjonen ble omtalt som minimumskrav, til tross for at enkelte åpnet for at det kunne gis tilbud med avvik. Et eksempel på dette var et krav om at maskiner som hovedregel skal kunne leveres og være driftsklare senest 6 uker fra bestillingstidspunktet. Andre såkalte minimumskrav gjaldt ikke krav til ytelsen, men utgjorde avtalevilkår.

Ettersom kravet ikke ble ansett som et ufravikelig minstekrav, var spørsmålet om avviket fra kravet kunne anses vesentlig. I lys av at avviket gjaldt en liten andel av de ulike multifunksjonsmaskinene som ble tilbudt og en svært begrenset del av anskaffelsen (2 % av totalverdien), kom nemnda til at det ikke var tale om et vesentlig avvik. Det forelå dermed ikke plikt til å avvise tilbudet etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e.

NY KONTAKTINFORMASJON FRA 1. APRIL 2017

Sentralbord: 55 19 30 00
Postboks: 511 Sentrum, 5805 Bergen

Første sak i KOFA om dialog i en tilbudskonkurranse

Klagenemnda vurderte i sak 2017/30 for første gang lovligheten av oppdragsgivers dialog i en tilbudskonkurranse.

Fredrikstad kommune kunngjorde 20. januar 2017 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av inne- og uteleker til barnehage, SFO og skole.

Prosedyren åpen eller begrenset tilbudskonkurranse ble innført ved forskriften av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften) som trådte i kraft ved nyttår, og var et av de mest omdiskuterte forslagene i Forenklingsutvalgets utredning (NOU 2014:4). Prosedyren innebærer at oppdragsgiver har adgang til å gjennomføre dialog med leverandørene. Dialogen kan gjelde alle sider ved tilbudene, jf. forskriften § 9 3. Dersom oppdragsgiver planlegger å ha dialog med leverandørene, skal han opplyse om dette i anskaffelsesdokumentene.

Det fremgikk av konkurransegrunnlaget i sak 2017/30 at kommunen planla å tildele kontrakt "uten å ha dialog med leverandørene utover å foreta eventuelle avklaringer/korrigeringer". Det ble tilføyd at dialog i form av forhandlinger likevel kunne bli gjennomført "dersom oppdragsgiver, etter at tilbudene er mottatt, vurderer det som hensiktsmessig".

Ved gjennomgangen av klagers tilbud oppdaget kommunen noen produkter som ble ansett å avvike fra prisskjemaet i konkurransegrunnlaget. Kommunen sendte på denne bakgrunn en e-post til klager, hvor det ble forklart at kommunen hadde erstattet de aktuelle produktene med andre produkter fra klagers nettside.

Klager anførte at kommunen med dette hadde brutt regelverket ved å gjennomføre en dialog med tilbyderne som avvek fra opplysningene i konkurransegrunnlaget.

Klagenemnda tok utgangspunkt i at dialogen med tilbyderne som nevnt kan gjelde "alle sider av tilbudene [...]". Dialogen kan blant annet omfatte "avklaringer og forhandlinger". Forskriften § 9 3 sonderer således ikke mellom avklaringer på den ene siden, og forhandlinger på den andre siden, slik forskriften av 7. april 2006 nr. 402 gjorde – hvor sistnevnte måtte gjøres etter prosedyren konkurranse med forhandlinger. Oppdragsgiver plikter å angi hva han "planlegger" å gjøre, men har som hovedregel rett til å ombestemme seg.

Med henvisning til disse bestemmelsene, og Forenklingsutvalgets utredning i NOU 2014:4 side 154, kom nemnda til at innklagedes fremgangsmåte måtte anses i tråd med regelverket.

Adgangen til å endre evalueringsmodell etter tilbudsfristens utløp

Eksportkreditt Norge AS kunngjorde 24. oktober 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drift og support av IT-infrastruktur. Valgte leverandør ble først tildelt kontrakten, men tildelingsbeslutningen ble påklaget med påstand om at evalueringsmodellen ikke samsvarte med informasjonen i konkurransegrunnlaget.

Det følger av forskriften § 22-3 nr. 5 at oppdragsgiver kan annullere en beslutning om å tildele kontrakt, dersom oppdragsgiver finner at "beslutningen [...] ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)". Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver både kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen.

Som følge av klagen annullerte innklagede tildelingen og gjennomførte en ny tildelingsevaluering for å rette opp i de forholdene som gjorde den første evalueringen ulovlig. Etter den nye tildelingsevalueringen ble valgte leverandør på nytt tildelt kontrakten.

Klager hevdet overfor klagenemnda at heller ikke den endelige evalueringsmodellen samsvarte med opplysningene i konkurransegrunnlaget. Dette var nemnda enig i. Nemnda vurderte deretter om det i den konkrete saken var mulig å rette opp i feilene som beheftet den opprinnelige evalueringsmodellen.

Slik saken lå an ville retting medføre at evalueringsmodellen først ble fastsatt etter at oppdragsgiver hadde fått kjennskap til innholdet i leverandørenes tilbud. Dette reiste noen særlige spørsmål. Ved vurderingen tok nemnda utgangspunkt i EU-domstolens praksis om adgangen til å konkretisere tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp. Spørsmålet om adgangen til å fastsette evalueringsmetode etter at tilbudene er åpnet ble behandlet i sak C-6/15, hvor domstolen konkluderte med at dette er begrenset til tilfeller hvor det av "påviste grunde" ikke er mulig å fastsette evalueringsmetoden på forhånd.

Basert på EU-domstolens praksis la nemnda til grunn at det etter omstendighetene bør være en viss adgang til å endre modell etter tildeling av kontrakten i forbindelse med retting etter forskriften § 22-3 nr. 5. I den konkrete saken var det imidlertid vanskelig å se at feilen kunne rettes. Det omstridte tildelingskriteriet var utformet på en måte som forutsatte at innholdet i kriteriet ble konkretisert ved evalueringen. En retting av feilene som beheftet evalueringsmodellen, forutsatte dermed at oppdragsgiver foretok en rekke valg med hensyn til hvordan tilbudene skulle evalueres etter å ha fått kjennskap til innholdet i tilbudene. Det var dermed ikke mulig for innklagede å rette på feilene ved den opprinnelige evalueringsmodellen på en måte som ivaretok prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Nytt kontonummer for klagegebyr

Klagenemndssekretariatet har fra 1.mai 2017 kontonummer 7694 05 18098

Innbetalingen skal merkes "Klagenemnda for offentlige anskaffelser", og gjerne også med sakens parter

Samspillskontrakt med samspillfase var ikke i strid med forhandlingsforbudet, men det var avtalt en ulovlig vesentlig endring i etterkant av kontraktsinngåelsen.

Sak 2016/116 gjaldt blant annet spørsmålet om adgangen til å inngå samspillskontrakter og gjennomføre en samspillfase innenfor regelverket for offentlige anskaffelser.

Voss kommune kunngjorde en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av en samspillsavtale for bygging av Vossabadet. Samspillkontrakten forutsatte at tilbyderne leverte inn et komplett prosjektforslag for Vossabadet samt forpliktet seg til å være totalentreprenør for prosjektet. Etter at oppdragsgiver hadde valgt et tilbud skulle dette prosjektet videreutvikles gjennom en såkalt samspillfase. Når det endelige prosjektet forelå måtte Voss kommune ta stilling til hvorvidt en ønsket å gå videre med prosjektet.

Klager anførte at det ikke var adgang til å benytte samspillfase eller samspillskontrakter, da dette var i strid med forhandlingsforbudet. Klagers argumentasjon gikk på at samspillfase medførte at blant annet prisen på prosjektet skulle forhandles før det ble inngått en totalentreprisekontrakt.

Totalentreprise med samspill innebærer at det gjennomføres en samspillfase etter kontraktsinngåelsen, hvor prosjektet videreutvikles mot en endelig totalentreprisekontrakt. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser gjelder frem til konkurransen avsluttes ved at valgte leverandør og oppdragsgiver signerer en bindende kontrakt. I denne saken ble en slik bindende avtale inngått forut for samspillfasen. Valgte leverandør forpliktet seg da både til gjennomføringen av samspillfasen og oppføring av bygget, mens oppdragsgiver hadde anledning til å trekke seg fra prosjektet i etterkant av samspillfasen.

Etter klagenemndas syn var ikke forhandlingsforbudet til hinder for at det ble avtalt endringer i kontrakten etter kontraktsinngåelse. I juridisk teori er det rett nok åpnet for at en avtalt endring like etter kontraktsinngåelse må anses som en omgåelse av forhandlingsforbudet. Nemnda vurderte imidlertid dette slik at omgøelser av forhandlingsforbudet fanges opp av forbudet mot vesentlige endringer.

I den aktuelle saken var det krav om at leverandøren skulle gi et ”bindende pristilbud [...] for hele prosjektet”. Det vil si en fastpris både for samspillfasen og for den eventuelt påfølgende totalentreprisekontrakten. Dette setter klare rammer for hva som kan være lovlige endringer i kontraktsfasen.

Klagenemnda viste til at hvis en endring gjelder forhold som var relevant under bedømmelsen av tildelingskriteriene, skal det lite til for at en endring skal anses vesentlig. Det var avtalt endringer i prisen som utgjorde i underkant av 3 % av opprinnelig tilbudssum for totalentreprisen. Disse endringene ble ikke ansett som vesentlige av nemnda. Det ble også avtalt et tillegg for lønns- og prisstigning. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det skulle gis et bindende pristilbud for hele prosjektet, og at prisen ikke skulle prisreguleres. Endringen innebar følgelig en endring av kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren. Klagenemnda fant på denne bakgrunn at tillegget for lønns- og prisstigning måtte anses som en ulovlig vesentlig endring.



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

KOFA KONFERANSEN 2017

9. november 2017

09.30–16.30
Scandic Flesland
Airport

Nye regler: forenkling eller forvikling?

Regelendringer innen offentlige anskaffelser ble iverksatt 1. januar 2017. Offentlige innkjøpere, leverandører og andre har gjort seg sine foreløpige erfaringer med ny tilbudskonkurranse, hevet terskelverdi, gebyrmyndighet for ulovlige direkte anskaffelser og andre endringer i regelverket. KOFA mottar stadig saker som skal vurderes etter det nye regelverket.

KOFA konferansen 2017 skal i hovedsak fokusere på de nye endringene i anskaffelsesregelverket. Mange spennende foredragsholdere med lang fartstid innenfor faget skal dele sine erfaringer med oss. Hvilken utvikling ser man i EU? Hvordan forholder innkjøpere seg til de nye reglene? Hvilke utfordringer møter advokatene når de håndterer det nye regelverket og hvordan har de løst utfordringene? Hvilke problemstillinger har dukket opp i KOFA-praksis?

Foredragsholdere



Professor
Sue Arrowsmith fra
University of
Nottingham



Innkjøpssjef i
Bergen kommune
Birgitte Gullestad



Stipendiatene
Linda Midtun
og Kristian
Strømsnes ved
Universitetet i
Bergen



Advokat
Morten Goller i
Advokatfirmaet
Wiersholm AS



Leder av
konserninnkjøp i
Oslo kommune
Gunnar Wedde



Partner i Inventura
Harald Alfsen



KOFA nemndsmedlem
Marianne Dragsten



KOFA nemndsleder Georg
Fredrik Rieber-Mohn og
saksbehandlere i Klagenemnds-
sekretariatet.

Mer detaljert program vil bli lagt ut til høsten. Konferansen finner denne gang sted på nye Scandic Flesland Airport den 9. november 2017 fra 09.30 til 16.30. Bindende påmelding innen 6. oktober 2017 [HER](#)

Etter at påmeldingsfristen er løpt ut refunderes ikke innbetalt konferanseavgift. Det kan imidlertid sendes stedfortreder uten ekstra kostnad. Vi ber om at slike endringer meldes inn til oss.

Kontaktperson: Betty.teigland@kofa.no

Pris: 1000kr/person inkludert lunsj.