



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Eit halvår med spennande KOFA-praksis

Sommarferien er snart her, og vi kan legge bak oss eit halvår med spennande KOFA-praksis. I denne utgåva av nyheitsbrevet kan du lese om nokre av sakene som frå vår ståstad har vore mest interessante. For eksempel har KOFA tatt stilling til om Norges idrettsforbund og olympiske og paraolympiske komité er omfatta av regelverket for offentlege anskaffingar. KOFA kom til at dei ikkje var omfatta, og grunngivinga kan du lese i dette nyheitsbrevet.

KOFA har også skrive ut sine to første gebyr for ulovleg direkte anskaffing. Helse Stavanger HF blei i april pålagt eit gebyr på 375 000 kroner for å ha unnlate å kunngjere anskaffing av transportteneste for utkøyring og henting av blodprøver frå legekontor. Gebyret utgjorde ca. 13 prosent av anskaffingas verdi. Seljord kommune blei nylig pålagt eit gebyr på 135 000 kroner for ulovleg direkte anskaffing av middagar til sjukeheim/omsorgsbustader, dagsenter og heimebuande tenestemottakarar. Gebyret utgjorde ca. 10 prosent av anskaffingas verdi.

KOFA har fått inn fleire saker som har vore mykje i media sitt søkelys. Det kongelege hoff er klaga inn for påstått ulovleg direkte anskaffing av malararbeid, og Statsbygg er klaga inn for anskaffingar i samband med prosjektering av nytt regjeringskvartal.

Statistikken viser at tal klager til KOFA så langt i år har gått ned. I skrivande stund har KOFA teke imot 68 klager, og i fjor tok KOFA imot 90 klager dei første seks månadene. Det er difor stor skilnad mellom klagetilstrøyminga i fjor og så langt i 2018.

For prioriterte saker har KOFA framleis låg saksbehandlingstid på under 60 dagar. Sekretariatet har tett kontakt med klagar og innklaga, slik at saka blir klar til behandling så raskt som mogeleg. Vi opplever at dette samarbeidet fungerer godt i dei prioriterte sakene, og at tida frå klagen kjem inn, til saka blir behandla i nemnda, blir brukt effektivt og godt.

Dei uprioriterte sakene har dessverre lang saksbehandlingstid på ca. eitt år. For at regelverket for offentlege anskaffingar skal kunne handhevast på best mogeleg måte, må alle klagene som kjem inn til KOFA, bli behandla innan kort tid. Dessverre er ikkje KOFA der i dag.

Vi ønsker alle lesarane våre ein riktig god sommar!

Meld deg på KOFA konferansen 2018

Dato 8.november 2018

Påmeldingsfrist 11.oktober 2018

Sted: Scandic Flesland Airport

Påmelding og program

<https://kofa.pameldingssystem.no/kofa-konferansen-2018>

Gebyr til Seljord kommune for ulovleg direkte anskaffing og spørsmål om sakleg grunn til avlysing

Klagenemndas avgjerd i sak 2017/145 gjaldt påstand om ulovleg direkte anskaffing av middagar til sjukeheim/omsorgsbustader, dagsenter og heimebuande tenestemottakarar.

På bakgrunn av innklaga si forklaring la nemnda til grunn at det hadde skjedd to forlengingar av den eksisterande avtalen om middagslevering. Den første forlenginga var føresett å vare fram til innklaga fekk på plass ein ny kontrakt basert på ein kunngjord konkurranse. Prisauken som følge av den første forlenginga utgjorde godt under 10 prosent av verdien til den opphavlege kontrakten. Den første forlenginga måtte sjåast på som ei lovleg endring av kontrakten, og var derfor ikkje ei ulovleg direkte anskaffing.

Ved vurderinga av om den andre forlenginga var lovleg, fann nemnda ikkje grunn til å stille opp ein annan regel for endringar i kontraktar som følger forskrifta del II, enn det som følger av forskrifta del III, § 28-1 (1) bokstav b. Nemnda la derfor til grunn at prisauken skulle bereknast på grunnlag av den samla prisauken som følge av begge forlengingane.

Prisauken som følge av endringane utgjorde meir enn 20 prosent av den opphavlege kontraktsverdien. Kontrakten inneheldt heller ikkje nokon klausul om forlenging. Det var derfor klart at kontrakten ikkje kunne forlengast utan å gjennomføre ein ny konkurranse. Det var med andre ord gjort ei ulovleg direkte anskaffing.

Klagenemnda fann ikkje grunn til å ta med utbetalingane i medhald av den første forlenginga i grunnlaget for berekning av gebyr. Det blei lagt vekt på at den første forlenginga ikkje var ei ulovleg direkte anskaffing, og at denne forlenginga var avgrensa til den tida det ville ta å få på plass ein ny kontrakt basert på ein kunngjord konkurranse.

Det blei pålagt eit gebyr på 135 000 kroner, som utgjorde ca. 10 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemnda handsama også spørsmålet om innklaga hadde sakleg grunn til avlysing av konkurransen på grunn av eit val om eigenregi. Nemnda kom til at det ikkje var ein sakleg grunn i dette tilfellet. Dette blei grunngitt med at valet av eigenregi kvilte på eit uttalt ønske om å ta hand om eksterne lokale aktørar. Klagenemnda var av den oppfatning at dette omsynet låg utanfor ramma for omsyn ein forsvarleg kan legge vekt på ved ei avlysing der grunngivinga er at innklaga ønsker eigenregi.

Ulovleg tildelingskriterium – «mannskapsliste» – forskrifta § 18 1(3) b)

Klagenemnda tok i sak 2018/154 stilling til om kriteriet «mannskapsliste» var lovleg. Dette er første gong nemnda vurderer om eit slikt kriterium er lovleg etter den nye regelen i forskrifta § 18 1 (3) bokstav b.

Heilt sidan EU-domstolens avgjerd 24. januar 2008 i sak C-532/06, Lianakis mfl., har det herska tvil om oppdragsgivarar adgang til å vurdere leverandørane kvalifikasjonar mv. i evalueringa.

I direktiv 2014/24 artikkel 67 (2) bokstav b går det no fram at oppdragsgivar kan bruke som tildelingskriterium «[the] organisation, qualification and experience of [the] staff assigned to performing the contract».Føresetnaden er at «the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract» (utheva her), jf. også avsnitt 94 i fortalen til direktivet.

Føresegna er gjennomført i norsk rett i forskrifta § 18 1 (3) bokstav b, som på tilsvarende vis opnar for å bruke den tilbodne bemanningas «organisering, kvalifikasjonar og erfaringar» som tildelingskriterium, føresett at «kvaliteten på bemanningen» er av «stor betydning» for utføringa av kontrakten.

Kontrakten i sak 2018/154 skulle tildelast på bakgrunn av pris (60 prosent) og «Utstyr, kjøretøy og mannskapsliste» (40 prosent).

Under kriteriet «mannskapsliste» blei tilbydarane bedne om å levere ei liste over det tilbodne personellet. På lista blei tilbydarane bedne om å fylle ut namn og fødselsdato på mannskapet. I tillegg inneheldt skjemaet ei kolonne med overskrifta «Merknad», men det blei ikkje presisert kva som skulle stå i denne.

Klagenemnda viser i premiss 40 til dei nemnde vilkåra i forskrifta § 18 1 (3) bokstav b), som må vere oppfylte for at oppdragsgivar lovleg kan bruke bemanningas organisering, kvalifikasjonar og erfaring som kriterium. Den avgjerande føresetnaden er som nemnt at «kvaliteten på bemanningen» er av «stor betydning» for utføringa av kontrakten.

Kor mange personar som er sette av til det konkrete oppdraget, uttalar nemnda, vil etter omstenda kunne vere relevant som ledd i ei totalvurdering av «den tilbodte bemanningens organisering, kvalifikasjonar og erfaringar» (premiss 41). Men i denne konkurransen blei det berre lagt opp til ei vurdering av tal personar. Den innklaga hadde altså ikkje vist at kvaliteten på bemanninga hadde stor betydning for utføringa av kontrakten. På bakgrunn av dette kom klagenemnda fram til at kriteriet «mannskapsliste» var ulovleg.

Ikkje høve til ettersending av dokumentasjon for å oppfylle kvalifikasjonskrav i ein tilbodskonkurranse der krava ikkje er tilfredsstilte ved utløpet av tilbodsfristen

Klagenemndas avgjerd i sak 2017/75 gjaldt ein open tilbodskonkurranse for renovering og ombygging av ein sjukeheim. Ein del av entreprisen gjaldt røyranlegg. Hovudspørsmålet i saka var om den valde leverandøren hadde høve til å ettersende dokumentasjon som viste at eit selskap som den valde leverandøren ville støtte seg på, oppfylte kvalifikasjonskravet om ansvarsrett.

Det aktuelle kvalifikasjonskravet var at tilbydarane skulle ha «de tekniske godkjenninger som er nødvendig for å utføre arbeidet». Konkurransgrunnlaget stilte i samband med dette krav til tiltaksklasse 3 hos ansvarleg utførande for brannsløkkingsanlegg. Ingen har nekta for at det opphavlege tilbodet frå den valde leverandøren mangla dokumentasjon på godkjenning for tiltaksklasse 3 innan brannsløkkingsanlegg, og at den valde leverandøren sjølv ikkje oppfylte krava til ansvarsrett. Men den valde leverandøren hadde fått høve til å ettersende dokumentasjon som viste at eit anna selskap, som den valde leverandøren ville støtte seg på, oppfylte krava til ansvarsrett innan tiltaksklasse 3. Klagar hevda at det ikkje var høve til dette.

Nemnda tok utgangspunkt i forskrifta § 9-5 (1) bokstav a, der det går fram at oppdragsgivar skal avvise ein leverandør som ikkje oppfyller kvalifikasjonskrava. Vidare viste nemnda til at oppdragsgivar kan utsetje avgjerda om avvising til han har gjennomført ein eventuell dialog med leverandøren, jf. § 9-7 (2).

Nemnda viste til uttalar i NOU 2014:4 og Prop. 51 L (2015-2016) og presiserte at høvet til ettersending og supplering av dokumentasjon på kvalifikasjonar var utvida med det nye regelverket, og at det ikkje skulle vere noka grense for kva type dokumentasjon som kan ettersendast. Nemnda uttalte likevel at å ettersende, supplere, klargjere eller utfylle ein «opplysning» eller eit «dokument» er «noe ganske annet enn å fremlegge dokumentasjon på at et kvalifikasjonskrav som skulle vært oppfylt på tilbudstidspunktet, er oppfylt i etterkant».

Nemnda viste til at eit kvalifikasjonskrav avgrensar krinsen av leverandørar med tilbod ein kan ta omsyn til. Klagenemnda kom til at det ikkje var høve til dialog med leverandøren om korleis kvalifikasjonskrav kan oppfyllest viss krava ikkje er tilfredsstilte ved utløpet av tilbodsfristen. Høve til å supplere dokumentasjonen i eit slikt tilfelle ville innebære forskjellsbehandling overfor andre leverandørar som av respekt for kvalifikasjonskrava ikkje sende inn tilbod. Dette ville vore i strid med krava i lova § 4. Den valde leverandøren skulle ha vore avvist, og manglande avvising utgjorde eit brot på forskrifta § 9-5 (1) bokstav a.

NIF/Idrettsforbundet er ikkje omfatta av regelverket for offentlege anskaffingar

Klagenemndas avgjerd i sak 2017/131 gjaldt Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité (NIF) si anskaffing av tenester i samband med ei ny utgåve av ei nettbasert treningsdagbok. NIF hadde kunngjort ein konkurranse for anskaffinga i Doffin-databasen, men hevda å ikkje vere omfatta av regelverket for offentlege anskaffingar. Klagar hevda at NIF var omfatta som eit offentlegrettsleg organ etter forskrifta § 1-2, og at regelverket var brote i tildelingsevalueringa.

Klagenemnda kom til at NIF oppfylte kravet om å vere eit sjølvstendig rettssubjekt, og at NIF hadde den nødvendige tilknytninga til det offentlege ved å vere hovudsakleg finansiert av offentlege tilskot. Det avgjerande spørsmålet blei såleis om NIF var oppretta «for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter».

Klagenemnda viste til at vilkåra var henta frå direktiv 2014/24/EU artikkel 2 (4), og at vilkåra var ei vidareføring av tilsvarende føresegn i dei tidlegare direktiva. Ved å vise til både engelsk, svensk og dansk versjon av føresegna tolka klagenemnda føresegna til å innehalde eit krav om at organa må vere oppretta «for det bestemte formål å tjene allmennhetens behov».

Med bakgrunn i fråsegn frå EU-domstolen (blant anna C-567/15 LitSpecMet) og ei kontekstuell tolking kom nemnda til at vilkåret ikkje kunne forståast slik at den reelle avgrensinga berre er i tillegg «og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter». Omgrepet «allmennhetens behov» blei følgeleg tolka til å innehalde ei sjølvstendig avgrensing av kriteriet.

NIF er ein medlemsorganisasjon som primært skal fremme medlemmanes interesser. Medlemmane er dei særforbunda, idrettskrinsane, idrettsråda og idrettslaga som er tilknytte NIF, og – meir indirekte – dei om lag 2 100 000 medlemmane i dei tilknytte idrettslaga. Klagenemnda kom på bakgrunn av dette til at NIF ikkje tente «allmennhetens behov» i direktivets forstand, og NIF var derfor heller ikkje omfatta av regelverket for offentlege anskaffingar.

Personvern i Klagenemndssekretariatet

Klagenemndssekretariatet har personvernerklæringar på våre to nettstader, www.kofa.no samt www.klagenemndssekretariatet.no. Personvernerklæringane handlar om korleis vi samlar inn og bruker informasjon om besøkande på våre nettsider.

Erklæringane inneheld informasjon som du har krav på når det blir samla inn opplysningar frå nettstadene våre, og generell informasjon om korleis vi behandlar personopplysningar i Klagenemndssekretariatet.

Gebyr for brot i sak om transportteneste for utkøyring og henting av blodprøver

Klagenemndas avgjerd i sak 2017/182 gjaldt påstand om ulovleg direkte anskaffing av transportteneste for utkøyring og henting av blodprøver frå legekantor.

Helse Stavanger HF inngjekk i 2006 kontrakt med Box Delivery Norge, i dag Bring Express Norge AS, om «transport av blodprøver». Kontrakten hadde ei varigheit på to år med opsjon på forlenging i to år. Kontrakten gjekk altså ut i juni 2010, men Bring Express Norge AS hadde halde fram med å levere tenesta utan at det var blitt kunngjort ny konkurranse.

Ettersom dei årlege vederlaga for utføringa av tenesta i seg sjølv oversteig terskelverdien, var det klart at det låg føre ulovleg direkte anskaffing av tenestene.

Klagenemnda konkluderte vidare med at avtaleforholdet baserte seg på gjensidig semje om at den valde leverandøren skulle utføre tenesta fram til innklaga ville gjennomføre ny konkurranse på dette området. Nemnda la til grunn at det då var dei jamlege leveransane som måtte reknast som iverksetting av anskaffinga i overgangsregelen sin forstand. Ifølge Klagenemnda innebar ikkje dette at nemnda var avskoren frå å pålegge gebyr for tenester som enno ikkje var leverte på tidspunktet for nemndas vedtak. Nemnda la i samband med det til grunn at sjølv om kvar enkelt leveranse i eit slikt tilfelle måtte reknast som ei fornya iverksetting av anskaffinga i overgangsregelen sin forstand, innebar ikkje det at den enkelte leveransen blei ei eiga anskaffing. På bakgrunn av dette konkluderte nemnda med at den anskaffinga som klagenemnda hadde kompetanse til å gebyrlegge, blei iverksett ved første leveranse etter 1. januar 2017 og gjaldt fram til innklaga ville bringe den faste avtalen med den valde leverandøren til opphøyr.

Klagenemnda la vekt på at innklaga her hadde kjøpt tenester i ei årrekke sjølv om kontrakten ikkje lenger gjaldt, og at det dermed var på det reine at skuldkravet om forsett eller grov aktløyse var oppfylt.

Det blei pålagt gebyr for alle tenester som var og ville bli leverte etter 1. januar 2017. Det blei pålagt eit gebyr på 375 000 kroner, som utgjorde ca. 13 prosent av kontraktens verdi.

Har du meldt deg på vårt abonnement på nytt

<https://www.kofa.no/Aktuelt/Abonnement>