



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

### Velkommen til årets KOFA-konferanse den 9. november 2017

Det nærmer seg KOFA- konferansen og det er fortsatt noen få ledige plasser igjen. Så meld deg på slik at du ikke går glipp av en av Norges største anskaffelseskonferanser. Temaet for konferansen er de nye reglene og konferansen finner denne gang sted på nye Scandic Flesland Airport. Endelig program finner du i nyhetsbrevet. Vi er stolte over å kunne invitere Sue Arrowsmith for første gang til konferansen, og hun er viet stor plass som bidragsyter på to sesjoner.

KOFA har allerede avgjort en del saker om det nye regelverket. Et spørsmål overgangsreglene ikke klart regulerte er hvilket regelsett som skulle gjelde for endringer i eldre kontrakter. KOFA har tatt stilling til dette i sak 2017/56, som er en av de sakene du kan lese om i dette nyhetsbrevet.

I dette nyhetsbrevet kan du også lese om sak 2017/95, som gjelder ettersending av et ESPD-skjema. Nemnda konkluderte med at det ikke var noe prinsipielt til hinder for ettersending av et slikt skjema, selv om leverandøren opprinnelig ikke hadde sendt inn et slikt skjema.

KOFA har hatt gebyrmyndighet siden 1.1 2017, og har til nå avgjort tre saker. En av disse ble avvist av sekretariatet. Ingen av sakene har endt med at KOFA har kommet til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse.

Vi sees den 9. november på KOFA-konferansen!



Klagenemndssekretariatets leder  
Anneline Vingsgård

### NY KONTAKTINFORMASJON FRA 1. APRIL 2017

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

## **Første sak i Kofa om ettersending av dokumentasjon i medhold av de nye reglene.**

I klagenemndas sak 2017/95 hadde innklagede tillatt at klager ettersendte hele ESPD-skjemaet og innstilt klager som leverandør. Etter klage fra leverandøren som var innstilt som den nest beste, Elektro Installasjon, ble klager avvist og Elektro Installasjon innstilt som leverandør. Klagenemnda tok stilling til om det var grunnlag for å endre tildelingsbeslutningen i medhold av forskriften § 25-1 (4), herunder om forskriften § 23-5 (1) åpnet for å be om ettersending av ESPD-skjemaet.

Saken gjaldt anskaffelse av rammeavtale for elektrikertjenester og elektromateriell. Som kvalifikasjonsgrunnlag skulle leverandørene fylle ut og inngi et ESPD-skjema som inneholdt en rekke spørsmål knyttet til forskriftens avvisningsgrunner, eksempelvis vedrørende straffedom, betaling av skatter og avgifter, insolvens mv. I tillegg inneholdt ESPD-skjemaet et punkt om "økonomiske og finansielle krav", hvor leverandøren skulle bekrefte at kravet var oppfylt. Det tilhørende kravet i konkurransegrunnlaget var at leverandøren skulle ha en betryggende soliditet.

Klager leverte ikke ESPD-skjemaet sammen med tilbudet sitt, og innklagede etterspurte derfor dette sammen med dokumentasjon på at klager oppfylte kvalifikasjonskravene. Etter at innklagede hadde mottatt etterspurte dokumentasjon, ble klager innstilt som leverandør. På bakgrunn av klagen fra Elektro Installasjon så imidlertid innklagede det slik at det ikke var anledning til å ettersende ESPD-skjemaet. Klager ble derfor avvist og Elektro Installasjon innstilt som leverandør. Klager brakte saken inn for Kofa.

Nemnda tolket forskriften § 23-5(1) og (2), som tillater ettersending av dokumentasjon så lenge tilbudet ikke forbedres, i lys av direktivet og EU-domstolens praksis. Sak C-336/12 Manova ble særlig trukket frem. Konklusjonen i denne dommen var at oppdragsgiver kunne anmode om supplering av opplysninger så lenge det gjaldt forhold eller opplysninger, slik som offentliggjorte opplysninger om et selskaps balanse, som det objektivt kan kontrolleres forelå forut for utløpet av tilbudsfristen. Da det i klagenemndas sak kun var tale om ettersending av opplysninger om selskapets soliditet, måtte dette etter nemndas oppfatning tillates. Nemnda uttalte at det var vanskelig å se at det skulle representere et brudd på prinsippene om likebehandling eller gjennomsiktighet at klager fikk anledning til å bekrefte at selskapet hadde betryggende soliditet i etterkant av tilbudsfristens utløp. Det utgjorde dermed et brudd på forskriften § 25-1 (4) at innklagede endret tildelingsbeslutningen og avviste klager.

## Utvikling av metodeverk – en forsknings- og utviklingstjeneste?

Klagenemnda tok i sak 2017/43 stilling til om Innovasjon Norge hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, eller om den aktuelle kontrakten måtte kategoriseres som en forsknings- og utviklingskontrakt som er unntatt forskriften.

Innovasjon Norge inviterte 24. oktober 2016 ulike klynger til å delta i en konkurranse om utvikling av et metodeverk for å stimulere til gründerskap i klyngene. Leveransen ble i invitasjonen kategorisert som en forsknings- og utviklingstjeneste. Konkurransen ble ikke kunngjort.

Anskaffelsen var ifølge klager feilaktig kategorisert som en forsknings- og utviklingstjeneste, og skulle ha vært gjennomført etter forskriften del I og del II.

Klagenemnda tok utgangspunkt i 2006-forskriften § 1 3 (2) bokstav g, som bestemmer at forskriften ikke får anvendelse på "forsknings- og utviklingstjenester, når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet". (Unntak for kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester følger nå av 2016-forskriften § 2-5).

Det var ikke tvilsomt at den aktuelle tjenesten ikke fullt ut tilfalt Innovasjon Norge "til bruk i hans virksomhet". Spørsmålet var om anskaffelsen måtte anses som en forsknings- og utviklingstjeneste.

Det sentrale i denne sammenheng, uttalte Kofa, er om kontrakten har til hensikt å fremskaffe ny kunnskap, eventuelt utvikle eller videreutvikle nye løsninger. En ren innsamling og systematisering av data vil eksempelvis ikke være omfattet.

Etter klagenemndas vurdering hadde anskaffelsen til hensikt å frembringe et metodeverk som ikke eksisterer per dags dato. Det var videre langt på vei helt opp til leverandørene å fastlegge det nærmere innholdet av det som skulle leveres.

Kontrakten hadde etter nemndas syn dermed slike klare utprøvingstrekk som kjennetegner et forsknings- og utviklingsarbeid. På denne bakgrunn fant nemnda at anskaffelsen måtte anses som en forsknings- og utviklingstjeneste, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav g. Klagers anførsel om at konkurransen skulle ha vært gjennomført etter forskriften del II, førte dermed ikke frem.

## Overgangsregler: Hvilket regelverk kommer til anvendelse ved endring av en eksisterende kontrakt?

Klagenemndas sak 2017/56 gjaldt utvidelse av en kontrakt om kvalitetsstyringssystem i forbindelse med en kommunesammenslåing. Spørsmålet var om utvidelsen innebar at kontrakten var vesentlig endret.

En av problemstillingene klagenemnda tok stilling til i saken, var spørsmålet om hvilket regelverk som kom til anvendelse. I forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974, er det angitt følgende overgangsregel i § 32-2 (1): “Forskriften gjelder anskaffelser iverksatt etter forskriftens ikrafttredelse. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort. En anskaffelse som ikke kunngjøres, er iverksatt når oppdragsgiveren har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse.”

Klagenemnda uttalte at overgangsregelens angivelse av når en anskaffelse er “iverksatt” ikke synes utformet med sikte på å regulere endringer i tidligere inngåtte kontrakter. Slike endringer betraktes ikke som nye anskaffelser med mindre endringene er vesentlige. Ettersom også reglene om hva som utgjør vesentlige endringer er endret, var det imidlertid ikke mulig å avgjøre spørsmålet om hvilket regelsett som skulle anvendes ut fra om de aktuelle endringene var vesentlige eller ikke. Som i denne saken, vil det ofte være slik at en endring av en eksisterende kontrakt har skjedd på initiativ fra en oppdragsgiver. I en slik situasjon var det etter klagenemndas syn mest nærliggende å tolke overgangsreglene slik at en endring av en eksisterende kontrakt anses “iverksatt” når oppdragsgiver har sendt ut en forespørsel til en leverandør om den aktuelle endringen. I denne saken skjedde dette i e-post 24. oktober 2016. Saken måtte derfor avgjøres ut fra bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

### Nytt kontonummer for innbetaling av klagegebyr

Klagenemndssekretariatet har fra 1.mai 2017 **kontonummer 7694 05 18098**

Kvittering for at klagegebyret er innbetalt må legges ved selve klagen.

Klagen vil ikke bli tatt under behandling uten denne kvitteringen.

Dere vil i etterkant av innbetalingen motta en faktura på innbetalt gebyr.

Se [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

## **Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring i kontrakt om kjøp av tog**

I klagenemndas sak 2016/196 tok nemnda stilling til om det utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse da innklagede kjøpte vedlikeholdstjenester for togboggier gjennom en endringsordre knyttet til en kontrakt om kjøp av tog. Kontrakten inneholdt opprinnelig en opsjon for vedlikeholdsarbeid, men denne var utløpt uten at innklagede hadde benyttet seg av den. Kontrakten inneholdt videre en endringsklausul.

Nemnda kom til at den aktuelle endringsklausulen ikke kunne hjemle endringen, ettersom mulighetene for å avtale at valgte leverandør skulle påta seg vedlikeholdsarbeid opprinnelig var regulert av opsjonen. Etter utløpet av opsjonen var ikke dette lenger noe alternativ, og samtidig innebar bortfallet av opsjonen at kontrakten ikke lenger ga innklagede noen rett til å kreve at valgte leverandør skulle påta seg vedlikeholdsarbeid.

Med dette som utgangspunkt, vurderte nemnda om endringen var vesentlig ut fra de alternative grunnlagene oppstilt i EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext). Det sentrale spørsmålet var om endringsordren utvidet avtalen i betydelig omfang til å omfatte tjenesteytelser som ikke opprinnelig var fastsatt i kontrakten. Nemnda kom til at dette var tilfellet, og viste blant annet til EU-domstolens avgjørelse i sak C-160/08, som etter nemndas syn i utgangspunktet tilsa at enhver endring i en kontrakt som vesentlig overstiger direktivets terskelverdi skal anses som en betydelig utvidelse av kontraktens omfang. Slik saken lå an, var det heller ikke nødvendig for klagenemnda å ta stilling til om dette gjelder uten unntak. Nemnda la vekt på at vedlikeholdsarbeidet i betydelig grad oversteg terskelverdien i forsyningsdirektivet, i tillegg til at gjenstanden for endringsordren var av en annen art enn den opprinnelige kontraktsgjenstanden. Det var da ikke avgjørende at endringen bare utgjorde i underkant av 0,7 prosent av den opprinnelige estimerte anskaffelsesverdien. Det avgjørende var at endringsordren reelt sett utgjorde en ny anskaffelse av noe kvalitativt annet – vedlikeholdstjenester – ikke kjøp av tog.

Opsjonen fikk i denne sammenheng heller ikke avgjørende betydning. For det alternativet i presstext som nemnda vurderte var det ikke et vilkår om at endringene kunne ført til et annet utfall av den opprinnelige konkurransen. Formålet med dette alternativet var å sikre at etterfølgende behov for nye anskaffelser ble gjort til gjenstand for konkurranse. Nemnda kom følgelig til at avtalen om vedlikeholdsarbeidene på boggene måtte betraktes som en ulovlig direkte anskaffelse.

## **Klage om forhandlingsforbudet og avvisning av tilbud var rettidig, selv om klagen var brakt inn etter seks månedersfristen i klagenemndsforskriften.**

Sak 2017/76 gjaldt to konkurranser om henholdsvis riving/sanering av en gammel pumpestasjon, og levering av en ny. Klagenemnda fant at Dyrøy kommune hadde brutt regelverket ved å invitere valgte leverandør til å levere et revidert tilbud etter tilbudsfristen i den ene konkurransen, og til å levere tilbud etter tilbudsfristen i den andre konkurransen.

Kommunen kunngjorde to åpne anbudskonkurranser; én for riving/sanering av eksisterende pumpestasjon og montering av ny stasjon (bygge- og anleggsanskaffelse), og én for levering av komplett ny pumpestasjon (vareanskaffelse). Tilbudsfrist ble i begge konkurransene satt til 6. juni 2016.

Valgte leverandør leverte tilbud i den første av disse to konkurransene, men ble seinere spurt av kommunen – etter utløpet av tilbudsfristen – om å levere tilbud også i den andre konkurransen.

Klagenemnda tok først stilling til om klagen var rettidig fremmet, jf. klagenemndsforskriften § 6 andre ledd, som bestemmer at klagen må fremsettes “senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver”. Klagen ble brakt inn for nemnda etter denne seks månedersfristen, og skulle dermed i utgangspunktet ha vært avvist.

Under henvisning til at kommunen først ca. 9 måneder etter kontraktsinngåelsen journalførte det dokumentet som hadde foranlediget flere av klagers anførsler, anså nemnda likevel disse anførselene som rettidig fremmet. Det ble i denne sammenheng også vist til at Kofa er ment å være et lavterskel tvisteløsningsorgan, og at fristreglene i klagenemndsforskriften derfor ikke bør praktiseres strengere enn lovbestemte fristregler som regulerer adgangen til domstolene.

Når det gjaldt kommunens kontakt med valgte leverandør etter tilbudsfristen, kom nemnda til at dette utgjorde brudd på regelverket. De to konkurransene, uttalte nemnda, “... skulle ha vært avgjort basert på en evaluering av de tilbudene som forelå innen tilbudsfristens utløp”. Nemnda fant også grunn til å kritisere innklagede for å ha unnlatt å bidra til sakens opplysning, og viste i den forbindelse til klagenemndsforskriften §§ 2 og 11.

## PROGRAM KOFA KONFERANSEN 2017

|                |                                                                                                                                                                                                      |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 08:30 - 09:30  | <b>Registrering/kaffe</b>                                                                                                                                                                            |
| 09:30 - 10:00  | Åpning av konferansen ved nemndsleder i KOFA Georg Fredrik Rieber- Mohn                                                                                                                              |
| 10:00 - 11:00  | Praksis fra KOFA det siste året ved saksbehandlere i Klagenemndssekretariatet                                                                                                                        |
| 11:00 - 11.15  | <b>Pause</b>                                                                                                                                                                                         |
| 11.15 - 12:00  | Recent developments in EU Public Procurement Law by Professor Sue Arrowsmith from The University of Nottingham                                                                                       |
| 12:00 - 13:00  | <b>Lunsj</b>                                                                                                                                                                                         |
| 13:00 - 13:45  | Selected topics in Public Procurement Law. Joint session by Professor Sue Arrowsmith and Partner in Wiersholm Lawfirm and previous member of KOFA Morten Goller.                                     |
| 13:45 -14.00   | <b>Pause</b>                                                                                                                                                                                         |
| 14:00 - 14.45  | Det nye regelverket for offentlige anskaffelser: Status og noen praktiske problemstillinger. Advokat og KOFA medlem Marianne Dragsten.                                                               |
| 14: 45 - 15.00 | <b>Pause</b>                                                                                                                                                                                         |
| 15:00 - 15:45  | Hvordan har store innkjøpere innrettet seg etter regelverket? Innkjøpssjefene for Bergen kommune og Oslo kommune Birgitte Gullestad og Gunnar Wedde. Partner i Inventura Harald Alfsen leder debatt. |
| 15:45- 15:55   | <b>Pause</b>                                                                                                                                                                                         |
| 15:55- 16:25   | Hva forskes det på? Uklarhetsregelen og Sanksjonen uten virkning. Stipendiatene Linda Midttun og Kristian Strømsnes fra UIB.                                                                         |
| 16:25- 16:30   | Avslutning/oppsummering ved leder for Klagenemndssekretariatet                                                                                                                                       |