



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Gjelder anskaffelsesregelverket for din virksomhet?

De siste månedene har KOFA behandlet to interessante saker som gjelder spørsmålet om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse eller ikke. Den ene er saken mot Norges Idrettsforbund og olympiske og paraolympiske komité, som ble omtalt i forrige nyhetsbrev. Den andre er saken om Norges Sjømatråd AS, som ble avgjort av KOFA i slutten av august.

For de aller fleste offentlige oppdragsgivere er det er grei sak å vurdere om man er omfattet eller ikke. Alle statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter er omfattet av anskaffelsesregelverket. Dersom man faller innenfor denne kategorien, så er det klart at man må forholde seg til de regler som fremgår av anskaffelsesregelverket. Ingen nærmere vurdering trengs.

Dersom organet derimot faller utenfor denne første kategorien, så må man foreta en vurdering av mer skjønnsmessige kriterier for å finne ut om man er omfattet eller ikke. Det må nærmere bestemt vurderes om man er et offentligrettslig organ. Bakgrunnen for at også offentligrettslige organer er omfattet av regelverket, er hensynet til en effektiv håndhevelse av regelverket. Ved å inkludere offentligrettslige organer, så hindrer man at offentlige myndigheter i en EU/EØS-stat kan uthule regelverkets effektivitet ved å overlate offentlige oppgaver til private rettssubjekter. Det kriteriet som i praksis volder mest tvil, er om organet er «opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter».

I de to ovennevnte sakene kom KOFA til forskjellig konklusjon. I saken om Norges Idrettsforbund og olympiske og paraolympiske komité, kom KOFA til at organet ikke kunne anses for å være omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Saken gjaldt anskaffelse av tjenester i forbindelse med utvikling av ny versjon av en nettbasert treningsdagbok. Innklagede var en frivillig organisasjon, med organisasjonsformen forening/lag/innretning. KOFA kom til at organet tjente medlemmenes interesser, og dermed ikke oppfylte kravet om å tjene «allmennhetens behov». Det var ikke avgjørende at organet var hovedsakelig finansiert av det offentlige.

Konsekvensene av å ikke vite, eller ikke undersøke nærmere om organet er omfattet, er store. Det er saken mot Norges Sjømatråd AS et godt eksempel på. Organet er et aksjeselskap som er heleid av Nærings- og fiskeridepartementet, og nemnda kom til at organet var opprettet for å tjene allmennhetens behov. Nemnda kom videre til at organet ikke var av forretningsmessig karakter. Organet ble på denne bakgrunn ilagt et gebyr på kr 440 000 for ulovlig direkte anskaffelse av kommunikasjonstjenester. Mer om hvilke vurderinger KOFA foretok kan du lese om i nyhetsbrevet. Dette vil du også få høre mer om under Klagenemndssekretariatets innlegg på KOFA konferansen.

Det er fortsatt noen ledige plasser på årets konferanse som arrangeres for 12 gang den 8. November 2018. KOFA fyller 15 år i år, og det feires med en konferanse som er full av relevante og viktige tema for deg som jobber med regelverket for offentlige anskaffelser.

Vel møtt,
Anneline Vingsgård
Direktør for Klagenemndssekretariatet

To avgjørelser om konkretisering av tildelingskriteriene

I to relativt ferske saker med ulikt utfall, har Kofa tatt stilling til de rettslige rammene for konkretisering av tildelingskriteriene.

Leverandørene anfører ofte at konkurransegrunnlaget var uklart når det gjelder hvordan oppdragsgiver vil evaluere tilbudene i konkurransen. En annen anførsel som hyppig blir fremsatt, er at oppdragsgiver har brutt regelverket ved å evaluere tilbudene på en måte som ikke var påregnelig for tilbyderne. Det er en sammenheng mellom disse to anførselene som noen ganger gjør det naturlig å se dem under ett. To nye avgjørelser fra nemnda illustrerer sammenhengen.

Den første, sak 2017/101, gjaldt kjøp av konsulenttjenester. Ett av tildelingskriteriene, som skulle telle 50 prosent, var «Kompetanse og erfaring». Fra én av leverandørene kom det spørsmål om det ville «trekke ned om en tar med mange yngre/junior, eller trekke opp om en bare har seniorer». Svaret fra innklagede var at man ville vurdere kompetansen til samtlige av de tilbudte personene. Det ble dermed ikke avklart om det ville trekke ned å tilby juniorer.

I evalueringen beregnet innklagede et gjennomsnitt av de tilbudte ressursene. Det ville dermed ha vært klart best å tilby de beste seniorene – og bare disse. Med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC, uttaler klagenemnda at tildelingskriteriene skal være presentert slik at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere kan forstå dem på samme måte. I evalueringen av tilbudene kan oppdragsgiver videre ikke konkretisere tildelingskriteriene på en slik måte at, hvis det hadde vært kjent på forhånd, kunne hatt betydning for utformingen av tilbudene, jf. EU-domstolens sak C 331/04 ATI..

Dette, uttaler nemnda, er likevel ikke til hinder for at oppdragsgiver konkretiserer tildelingskriteriet på en måte som er påregnelig for tilbyderne. At innklagede ville foreta en gjennomsnittsberegning av de tilbudte ressurspersonene, var imidlertid ikke påregnelig for tilbyderne i denne konkurransen:

«I foreliggende sak fremgikk det ikke av omtalen av tildelingskriteriet hvordan oppdragsgiver ville bedømme kompetansen til det tilbudte personellet, dersom det i tillegg til personer med langvarig erfaring og ompetanse, ble tilbudt personer med mer begrenset erfaring og kompetanse. Nemnda kan heller ikke se at andre deler av konkurransegrunnlaget gir noe avgjørende bidrag til løsningen av dette spørsmålet, eller at det for leverandørene ville være naturlig å gå ut ifra at det ene alternativet uten videre ville være å foretrekke [...]» (premiss 25).

På denne bakgrunn konstaterte nemnda at evalueringen var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Den andre saken, 2018/196, gjaldt kjøp av auksjonstjenester; nærmere bestemt auksjonssalg av bruktbiler. I et prisskjema ble tilbyderne blant annet bedt om å oppgi pris for 1) klargjøring og salg per bil og 2) kostnader per bil. Under begge disse postene kunne tilbyderne velge å tilby enten et fast beløp, eller en prosent av salgsprisen.

Fra én av tilbyderne kom det spørsmål om gjennomsnittsprisen på salget av biler det siste året. Innklagede svarte at man ikke hadde noe tall på dette.

I evalueringen ble det lagt til grunn en salgspris på 55 000 kroner.

Klager anførte på denne bakgrunn dels at innklagede ikke hadde gitt tilbyderne den informasjonen som man hadde krav på, og dels at evalueringen uansett var i strid med regelverket.

På samme måte som i sak 2017/101, påpeker nemnda at regelverket «ikke [er] til hinder for at oppdragsgiver konkretiserer tildelingskriteriene på en måte som er påregnelig for tilbyderne» (premiss 40), jf. nå også fortalen til direktiv 2014/24. I motsetning til sak 2017/101, kommer nemnda imidlertid til at konkurransegrunnlaget ga tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud, og at innklagede – ved evalueringen av tilbudene – ikke hadde gått utenfor det som var påregnelig for tilbyderne:

«Hvilken kunnskap tilbyderne selv må forventes å ha om den ytelsen som skal leveres, vil [...] ha betydning. Innklagede har i denne saken gitt opplysninger om omtrent hvor mange biler og tilhengere det er snakk om å selge. Konkurransgrunnlaget inneholder videre opplysninger om hvilken type biler som skal selges, og bilenes omtrentlige alder. Som innklagede har påpekt, er det naturlig å gå ut fra at leverandørene er godt kjent med hvilke priser den aktuelle typen biler normalt blir solgt for. Det forventes at leverandørene setter seg inn i opplysningene om volum mv. og bearbejder denne informasjonen ved utformingen av tilbudene, jf. nemndas avgjørelse i sak 2015/75 premiss 31» (premiss 41).

Salgsprisen på 55 000 kroner, som innklagede la til grunn i evalueringen, lå innenfor rammene av denne informasjonen i konkurransegrunnlaget. Prisestimatet fremsto videre som saklig og forsvarlig.

Klagers anførsler førte på denne bakgrunn ikke frem.

Gebyr til Norges Sjømatråd AS for ulovlig direkte anskaffelse

Klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147 gjaldt påstand om ulovlig direkte anskaffelse av kommunikasjons tje-nester som Norges Sjømatråd AS (Sjømatrådet) fullførte i august 2017.

Anskaffelsen skulle etter det opplyste ha en øvre ramme på 4,4 millioner kroner. Det var ikke omstridt at anskaffelsen falt innenfor de kategorier av anskaffelser som er kunngjøringspliktige dersom regelverket kom til anvendelse. Sjømatrådet anså seg ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, og anskaffelsen ble derfor gjennomført uten å kunngjøre en konkurranse i tråd med regelverket. Spørsmålet for klagenemnda var om Sjømatrådet er å anse som et offentligrettslig organ.

Det var ikke omstridt at Sjømatrådet oppfyller kravet om å være et selvstendig rettssubjekt og at det har den nødvendige tilknytning til det offentlige. Det avgjørende spørsmålet var om Sjømatrådet «er opprettet for å tjene allmennhetens behov», uten å være «av industriell eller forretningsmessig karakter», jf. forskriften § 1-2 andre ledd bokstav a.

Opprettet for å tjene allmennhetens behov

Klagenemnda kom til at Sjømatrådet må anses opprettet for å tjene allmennhetens behov.

Klagenemnda uttalte at «opprettet for å tjene allmennhetens behov» ikke kan forstås så vidt at den eneste reelle begrensningen følger av tillegget «av industriell eller forretningsmessig karakter». Det ble i denne forbindelse vist til den engelske, danske og svenske versjonen av direktivet, og EU-domstolens avgjørelse i sak C-567/15 LitSpecMet. Samtidig viste klagenemnda til at praksis fra EU-domstolen tilsier at det ikke skal særlig mye til før et organ anses opprettet for det bestemte formål å tjene allmennhetens behov.

Klagenemnda viste til at Sjømatrådet finansieres gjennom en lovpålagt omsetningsavgift. Etter nemndas syn er det ingen prinsipiell forskjell på finansiering gjennom en lovpålagt omsetningsavgift og annen offentlig finansiering. Det kunne ikke være tilstrekkelig til å gå klar av regelverket at virksomheten direkte tilgodeser en avgrenset krets av næringsdrivende, i hvert fall ikke når virksomheten samtidig klart nok fremstår som et næringspolitisk virkemiddel. Klagenemnda tilføyde at innklagedes virksomhet er vesensforskjellig fra virksomheten til Norges idrettsforbund, som nemnda i sak 2017/131 fant at ikke kan anses som et offentligrettslig organ i anskaffelsesrettslig sammenheng.

Industriell eller forretningsmessig karakter

Klagenemnda anså det ikke tvilsomt at Sjømatrådets virksomhet ikke er av forretningsmessig karakter.

Klagenemnda viste til at en helt avgjørende forskjell mellom Sjømatrådet og selskaper av industriell eller forretningsmessig karakter, er at Sjømatrådet ikke får sine inntekter gjennom salg av markedsføringstjenester i et konkurranseutsatt marked, men ene og alene gjennom en lovpålagt omsetningsavgift. Den omstendighet at statens økonomiske ansvar ikke strekker seg lenger enn aksjekapitalen, og at Sjømatrådet følgelig i prinsippet kan gå konkurs, er ikke tilstrekkelig til å klassifisere Sjømatrådets virksomhet som forretningsmessig. Heller ikke forventninger om effektiv ressursbruk og måloppnåelse er egnet til å avgrense hvilke organer som omfattes av anskaffelsesregelverket og hvilke som ikke gjør det.

Klagenemnda kom på denne bakgrunn til at Sjømatrådet er et offentligrettslig organ i anskaffelsesrettslig forstand og dermed omfattes av regelverket. Anskaffelsen av kommunikasjonstjenester utgjorde derfor en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda ila Sjømatrådet et gebyr på kr 440 000, ca. ti prosent av anskaffelsens verdi.

Visste du at:

Omtrent en fjerdedel av sakene KOFA behandler er prioriterte saker?

KOFA har lav saksbehandlingstid på ca 2 måneder på prioriterte saker og det gir partene en effektiv behandling av den tvisten som har oppstått.

Tilknytningsforholdet mellom to leverandører gjennom eierskap og styre gav i seg selv ikke grunnlag for avvisning

Klagenemndas avgjørelse i sak 2017/96 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for rørleggertjenester. Klager anførte at det var i strid med regelverket å tildele rammeavtalen til tre leverandører hvor to av dem hadde tilknytning til hverandre gjennom eierskap og styre.

Klagenemnda tok stilling til om det ut fra de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse kan utledes at innklagede var forhindret fra å inngå rammeavtalen med de to aktuelle leverandørene, som en følge av deres tilknytning til hverandre. Nemnda fant det klart at et tilknytningsforhold mellom selskap som i denne saken, ikke i seg selv gir grunnlag for avvisning av tilbudene fra disse selskapene.

Nemnda fant støtte for sitt standpunkt i EU-domstolens uttalelser i sak C-531/16, hvor domstolen slo fast at det ikke kan oppstilles noe forbud mot at tilknyttede selskap deltar i samme konkurranse. I denne forbindelse viste EU-domstolen blant annet til «at det, henset til, at det er i Unionens interesse, at det sikres, at flest mulig tilbudsgivere deltar i et udbud, vil være i strid med en effektiv anvendelse af EU-retten, såfremt man systematisk udelukker de virksomheder, mellem hvilke der består en indbyrdes tilknytning, fra retten til at deltage i samme procedure om indgåelse af en offentlig kontrakt [...]» (avgjørelsen premiss 21).

Nemnda viste også til EU-domstolens avgjørelse i sak C-376/08, hvor domstolen vurderte lovligheten av en italiensk regel som bestemte at oppdragsgiver automatisk skulle avvise tilbud fra et fast konsortium og deltakerne i dette konsortiet dersom både konsortiet og en deltaker i konsortiet innga konkurrerende tilbud. Dette skulle ifølge den italienske regelen også være tilfellet der tilbudet som ble inngitt av konsortiet, for det spesifikke oppdraget, ikke innebar forpliktelser for det selskapet som hadde inngitt et selvstendig tilbud i konkurransen. Domstolen slo fast at en slik bestemmelse om automatisk avvisning er i strid med likebehandlingsprinsippet.

Avslutningsvis fant nemnda grunn til å bemerke at oppdragsgiver ved fremtidige minikonkurranser innenfor rammeavtalen må være oppmerksom på at det kan bli nødvendig å gjøre nærmere undersøkelser vedrørende tilbudenes uavhengighet. Nemnda viste i denne sammenheng til EU-domstolens uttalelse i den nevnte sak C-531/16.

Vi har fortsatt noen få ledige plasser 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>