



Klagenemnda for offentlige  
anskaffelser

# Årsmelding 2013

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Georg Fredrik Rieber-Mohn  
24.januar 2014

## Innhold

1. Innledning .....	3
Nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohn .....	3
2. Kort om KOFA, våre oppgaver og anskaffingsregelverket.....	4
3. Budsjettet for 2013 .....	5
4. Viktige tal for drifta av KOFA .....	6
4.1 Mål og resultatkrav for 2013.....	6
4.2 Saksutvikling og saksavvikling i 2013 .....	6
5. Nokre viktige avgjerder i 2013 .....	7
5.1 Sak 2012/236 - Kontrakter om ambulansetenester kan reserverast for ideelle organisasjonar .....	7
5.2 Felles handsaming av 11 saker som gjaldt tildeling av einerett .....	8
5.3 Sak 2011/206 - Avvisingsplikt ved grov korrupsjon og “self-cleaning”.....	10
5.4 Sak 2013/14 – Oppdragsgjevar sin valfridom er avgrensa etter tildeling av kontrakt .....	11
5.5 Sak 2013/21 - Første sak om grunngevingsplikta for tildelingsavgjerda etter at reglane for dette blei endra 1. juli 2012.....	12
5.6 Sak 2011/221 - For kort tilbudsfrist gir plikt til å avlyse konkurransen.....	13
5.7 Sak 2012/235 – Overdraging av kontrakt i Naudnettsaka utgjorde ikkje ei ulovleg direkte anskaffing.....	14
5.8 Sak 2011/326 – Plikta til å hindre spreiiing av teiepliktig informasjon .....	15
5.9 Sak 2011/165 - Anskaffing av fleire kurs – éi anskaffing?.....	15
5.10 Sak 2011/265 - KOFA si første sak i stornemnd, oppdragsgivar sin moglegheit til å verne seg mot taktisk prising .....	16
5.11 Sak 2011/293 - Tenester som vert utført for det offentlege utgjer i visse tilfelle ikkje kontrakt.....	17
5.12 Sak 2013/66 - Lengre kontraktvarigheit kan stundom bli godtekne.....	18
5.13 Sak 2011/351 - Unntaket for forskings- og utviklingstenester omfattar ikkje tenester som går utover føremålet .....	19

5.14 Sak 2011/349 - Avgrensingar i kva for arbeid som kan utførast som tilleggsarbeid til ei eksisterande kontrakt inngått etter ein kunngjort konkurranse.	20
5.15 Sak 2013/69 - UiO kunne ikkje avvise det norske G4S.....	21
6. Andre oppgåver i 2013 .....	22
6.1 Tildelingsbrevet frå FAD og tilgjengelegheit til våre avgjerder .....	22
6.2 Heimesida www.kofa.no og våre abonnementstenester .....	22
6.3 KOFA sin fagkonferanse 2013 .....	22
6.4 Media .....	23
6.5 Føredrag .....	23
7. Avsluttande kommentar .....	23
Direktør/Sekretariatsleiar Erlend Pedersen.....	23

## 1. Innledning

### Nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohn

Ser vi tilbake på saksutviklingen i 2013, er denne blitt som forventet og forutsagt. Rådgivningssakene, som alltid har dominert i Kofas saksportefølje, har gått kraftig tilbake. I gjennomsnitt innkam 12 saker i måneden. Første halvår etter den markante gebyrøkningen pr. 1. juli 2012 var snittet omtrent det samme, mens det før denne var godt over dobbelt så høyt – ca. 28 saker pr. måned. Nedgangen har derfor utvilsomt sin årsak i økningen av klagegebyret fra 860 til 8000 kroner.

Fra samme dato ble Kofas kompetanse til å ilegge gebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser overført til domstolene. At Kofa også i 2013 har behandlet flere slike gebyrsaker, har sammenheng med at anskaffelseskontraktene i disse sakene er inngått før 1. juli 2012, som er skjæringspunktet for kompetanseoverføringen. I løpet av 2014 vil denne sakstypen forsvinne ut av Kofas hender, som ønsket av de lovgivende myndigheter. Etter 1. juli 2012 kan Kofa fortsatt få saker om ulovlig direkte anskaffelser til behandling, men det bare som rådgivende sak. Så langt har vi mottatt 7 slike saker som venter på å bli behandlet.



Det umiddelbart gode ved disse betydelige reduksjoner i saksinngangen, er at Kofa får frigjort tid og krefter til å nedarbeide restansene. Dette er også en situasjon som har vært ønsket av overordnede myndigheter.

Men denne medaljen har en mørk bakside. Håndhevingen av anskaffelsesregelverket er i ferd med å stanse opp. Domstolene har så vidt vites ikke fått en eneste sak om ulovlig direkte anskaffelser. Og rådgivningssakene er altså mer enn halvert. Jeg tviler på at dette har vært fullt ut villet fra myndighetenes side. Man kan ikke håndheve et samfunnsmessig viktig regelverk så tafatt. Det er helt urealistisk å tro at anskaffelsesreglene vil bli fulgt uten et effektivt sanksjonssystem.

Desto mer gledelig var de antydninger den nye regjeringen har gitt høsten 2013 om en mulig tilbakeføring av gebyrmyndigheten til Kofa. Dette spørsmålet krever naturligvis utredning, og flere løsninger er tenkelige. Kofa imøteser initiativ til en slik utredning og vil – om ønsket – bidra i et slikt arbeid. Dersom mer effektiv håndheving er ønsket, er det også grunn til å vurdere en reversering av økningen av klagegebyret i rådgivningssakene. Det er liten grunn til å tro at de klager som er blitt borte etter

økningen, er uberettigede og unødvendige. Antall klager som avvises av sekretariatet i Kofa, eventuelt etter klage til leder, har ikke vist noen merkbar nedgang etter 1. juli 2012.

Inntil videre får vi glede oss over at restansene går ned. Det er da noe.

## 2. Kort om KOFA, våre oppgaver og anskaffingsregelverket

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er eit uavhengig regjeringsoppnemnt organ. KOFA blei oppretta med heimel i forskrift om klagenemnd for offentlege anskaffingar av 15. november 2002, og har vore verksam sidan 1. januar 2003.

KOFA består av ei nemnd på ti juristar, inkludert nemnda sin leiar Georg Fredrik Rieber-Mohn, og eit sekretariat. Dei andre nemndsmedlemmane er: lagdommar Tone Kleven, leiar av arbeidsretten Jakob Wahl, lagdommar Magni Elsheim, lagdommar Arve Rosvold Alver, advokat Morten Goller, advokat Siri Teigum, advokat Andreas Wahl, advokat Gro Amdal og professor Kai Krüger. Leiaren og dei andre noverande medlemmene skal fungere i fire år, frå 1. juli 2011 til 30. juni 2015.

Til å førebu og avvise saker og utarbeide utkast til avgjerder frå nemnda, har KOFA eit sekretariat. Sekretariatet er fagleg underlagt klagenemnda og administrativt underlagt Konkurransetilsynet.

Sekretariatet held til i Bergen og blir leidd av direktør/sekretariatsleiar Erlend Pedersen. Ved utgongen av 2013 bestod sekretariatet av 11 juristar (derav to i permisjon) og ein sekretær. Sekretariatet er delt opp i to grupper som er leia av høvesvis nestleiar/gruppeleiar Jonn Sannes Ramsvik og rådgjevar/gruppeleiar Eirik Vikan Rise.



Erlend Pedersen sit i Konkurransetilsynet si leiargruppe. Dette inneberer at det blir henta ut synergi og kunnskap på tvers av dei to verksemdsområda, mellom anna ved at verksemda i KOFA og

Konkurransetilsynet vert betre koordinert, at den eksterne profileringa av den samla verksemda til tilsynet vert styrka, samt at

KOFA og Konkurransetilsynet i nokre samanhengar held felles presentasjonar og føredrag med fokus på dei felte som er samanfallede for de to ulike regelsetta som blir handheva.

KOFA si verksemd er regulert av klagenemndforskrifta, og organet si oppgåve er å handheve anskaffingsregelverket ved å:

- Gje rådgjevande uttaler på om regelverket er brote på dei konkrete punkta som klagaren har ført fram og
- Pålegge lovbrotsgebyr for ulovlege direkte anskaffingar der kontrakt er inngått før 1. juli 2012.

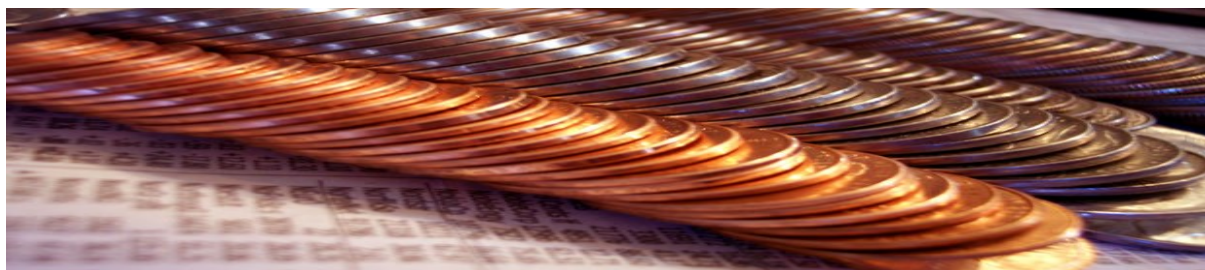
Tre nemndsmedlemmar deltek i avgjerda av kvar enkelt sak. Viss avgjerda i ei sak er av prinsipiell verdi, kan saken avgjerast i stornemnd, dvs. med fem nemndsmedlemmar. Nemnda sin leiar deltek i avgjerda av ei sak dersom det er behov for avløyser, for eksempel ved inhabilitet frå ein av nemndsmedlemmane. Nemnda sin leiar avgjer også klager på sekretariatet sine avvisingsavgjerder.

Anskaffingsregelverket består av Lov om offentlige anskaffingar av 16. juli 1999 nr. 69 og tilhøyrande forskrifter. Regelverket og alle enkeltreglane i det, er bygd på seks viktige grunnprinsipp:

- Konkurransen
- Proporsjonalitet
- Rettsvisse
- Likehandsaming
- Gjennomsiktighet
- Etterprøvbarheit.

Det er gjennom konkurranse og innovasjon at vi skal få mest mogleg ut av fellesskapet sine midlar når det offentlege gjer innkjøp. Det er altså konkurranseelementet som skal sikre best "value for money". Reglane skal også sikre at offentlege anskaffingar er basert på forretningsmessigheit og likehandsaming, og at det offentlege opptre med stor integritet slik at allmenta har tillit til at offentlege anskaffingar skjer på ein samfunnstenleg måte.

KOFA si oppgåve er å bidra til at tvistar om offentlege anskaffingar løysast på ein effektiv, uhilda og grundig måte.



### 3. Budsjettet for 2013

I høve tildelingsbrev for 2013 fekk klagenemnda ei løyving på kroner 9 961 000. Ved supplerande tildelingsbrev nr. 1/2013 blei KOFA tilført kroner 436 000, tilsvarande ubrukte løyvingar frå 2012. I tillegg blei det i supplerande tildelingsbrev nr. 2/2013

gjewe ei tilleggsløyving på kroner 700 000. Desse midla var øyremerka forbetring av søkefunksjonaliteten på KOFA si heimeside. Totalt inneberdette eit budsjett på kroner 11 097 000 for 2013. I 2012 var budsjettet til samanlikning på kroner 10 716 000. Dette inneber ei nominell auking i budsjettet frå 2012 til 2013 på kroner 381 000.

## 4. Viktige tal for drifta av KOFA

### 4.1 Mål og resultatkrav for 2013

Det var, som i dei siste føregåande år, heller ikkje i 2013 stilt konkrete krav til sakshandsamingsstida i KOFA. Det generelle kravet er likevel at klagene skal handsamast på ein effektiv og forsvarleg måte.

### 4.2 Saksutvikling og saksavvikling i 2013

Talet på innkomne saker i 2013 var 143, dvs. i gjennomsnitt ca. 12 saker i månaden. Dette er det lavaste talet innkomne saker KOFA nokonsinne har hatt, og 265 færre saker enn det som kom inn i rekordåret 2010 då KOFA fekk inn 407 saker. I 2012 fekk KOFA inn 238 saker og i 2011 kom det inn 336 saker. Av dei innkomne sakene, var 13 gebyrsaker.

Som følgje av den drastiske nedgongen i talet innkomne saker etter 1. juli 2012, har KOFA etter dette tidspunkt klart å starte nedarbeidinga av dei lange saksrestansane som var opparbeida før dette tidspunkt. Hausten 2012 blei det satt i verk eit prosjekt for å avgjere dei resterande sakene som var komne inn i 2011, og deretter blei det bestemt å prioritere å avgjere alle de resterande gebyrsakene som var komne inn før 1. juli 2012. Sistnemnde prioritering blei gjort fordi det sjåast som særleg belastande for dei offentlege oppdragsgjevarane at desse sakene ligg uavgjort.

KOFA avgjorde totalt 211 saker i 2013. Dette er noko færre enn det som blei avgjort i 2012, da talet var 238 saker. Det blei konstatert regelbrot i 69 av sakene. Det blei totalt pålagt 10 lovbrotsgebyr på til saman kroner 17 MNOK i dei totalt 43 gebyrsakene KOFA handsama. Samla er det sidan 2007 blitt pålagt 60<sup>1</sup> gebyr på totalt kroner 91 190 000. I 2012 blei det gitt gebyr på totalt kroner 10 295 000. Ingen av sakene der det er pålagt gebyr, er så langt blitt brakt inn til domstolane for overprøving, jf. loven § 7b (3) og (4), der det framgår at vedtak om lovbrotsgebyr ikkje kan bli påklaga, men kan takast inn til domstolane og at retten kan prøve alle sider av saka.

Talet saker som blei avvist av sekretariatet var på 59. Dette utgjer ca. 28 % av dei avgjorte sakene i 2013, og dette viser at denne prosentandelen har halde seg stabil, også etter 1. juli 2012. Ser ein på prosentandelen på avviste saker for alle saker KOFA avgjorde før 1. juli 2012, var denne på ca. 30 %. I 2013 blei 13 av sekretariatet

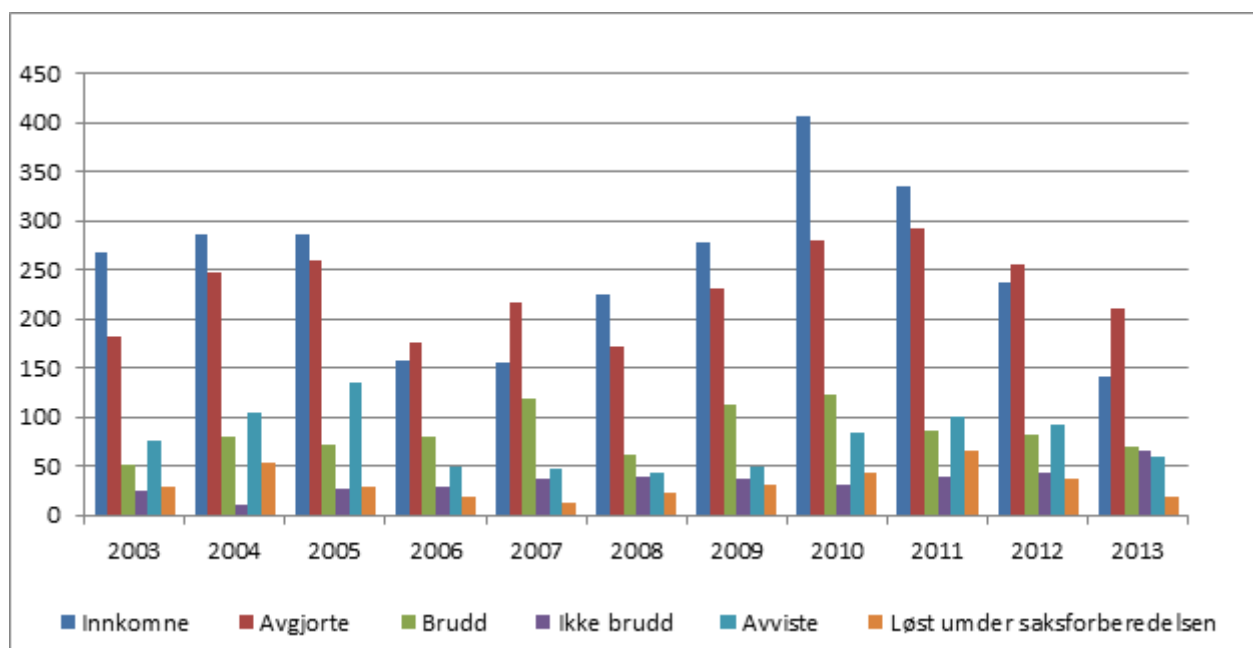
---

<sup>1</sup> I dette talet vert sakene om Kristiansand Havn rekna som eitt gebyr.

sine avvsningsavgjerder påklaga og brakt inn til overprøving ved klagenemnda sin leiar. Totalt 18 saker blei trukne frå handsaming av klagar.

Ved året sin utgong hadde KOFA 215 saker i restanse, fordelt på 7 prioriterte rådgjevande saker, 176 rådgjevande saker og 32 gebyrsaker. Dette er 66 færre saker enn det KOFA hadde i restanse ved utgongen av 2012.

Når det gjeld sakshandsamingstida på dei sakene som blei handsama i 2013, utgjorde den i gjennomsnitt 62 dagar i dei prioriterte sakene og hhv. 534 og 504 dagar i dei rådgjevande sakene og gebyrsakene.



## 5. Nokre viktige avgjerder i 2013

I det følgjande blir det gjeve ei framstilling av nokre av dei viktigaste og meir prinsipielle avgjerdene frå KOFA i 2013.

### 5.1 Sak 2012/236 - Kontrakter om ambulansetenester kan reserverast for ideelle organisasjonar

I klagenemnda si sak 2012/236, som blei avgjort 28. januar 2013, slo klagenemnda fast at ambulansetenester er helse- og sosialtenester som offentlege oppdragsgjevarar kan kjøpe frå ideelle organisasjonar utan å følgje dei fleste reglane i FOA del II og III, jf. forskrifta § 2-1 (3). Dette inneberer ei betydeleg forenkla anskaffingsprosedyre. Bakgrunnen for ei forenkla prosedyre ved kjøp frå ideelle



organisasjonar, er at ein ved ein open konkurranse risikerer at ein ikkje i tilstrekkeleg grad tek omsyn til ynsket om samfunnsmessig engasjement og samarbeid med ideelle organisasjonar.

I saka hadde Nordlandssjukehuset HF kunngjort ein open anbodskonkurranse for å inngå rammeavtale med ein ideell organisasjon om levering av ambulansetenester. Klager meinte at den tenesta Nordlandssjukehuset skulle kjøpe gjaldt transport på vatnveg, som ikkje var ei helse- og sosialteneste, og at sjukehuset difor ikkje kunne fastsette at berre ideelle organisasjonar kunne delta i konkurransen. Ved avgjerda av saka tok klagenemnda utgangspunkt i ordlyden i forskrifta § 2-1 (3), som seier at dei tilfella offentlege oppdragsgjevarar kan velje utlukkande ideelle organisasjonar som kontraktspart, avgrensar seg til kontraktar om helse- og sosialtenester. Helse- og sosialtenester er tenester som er omfatta av kategori (25) i forskrifta vedlegg II, der det er vist til CPC-kode 93. Dette inneberer at tenester som har ein CPC-kode som byrjar med 93 er ei helse- og sosialteneste. Ambulansetenester har CPC-kode 93194 og er dermed ei helse- og sosialteneste.

Spørsmålet var dermed om den tenesta den innklaga skulle kjøpe i dette tilfellet var ei ambulanseteneste. I forklaringsnotane til CPC-kodane er "Ambulance Services" definert som "services involving the transport of patients by ambulance, with or without resuscitation equipment or medical personnel." Dette medførte at det avgjerande var om transporten skjedde med ambulanse, og ikkje at den innklaga sjølv skulle stille med ambulanspersonell til båtane. Dette innebar at det måtte stillast krav til at køyretøyet som skulle nyttast inneheldt det utstyret som ambulansar normalt inneheld. I saka hadde Nordlandssjukehuset stilt krav om at båtane som skulle bli nytta ved utøvinga av tenesta skulle ha sjukelugar med fastmontert ambulanseutstyr som var klart til bruk, og at dei skulle kunne kommunisere med AMK-sentralen. I tillegg skulle båtane vere utstyrt slik at pasient på bære kunne transporterast trygt om bord og i land utan risiko for skade og ha toalettrom tilpassa funksjonshemja. Båtane skulle også vere bemanna slik at dei kunne ha beredskapsvakt heile døgnet. Klagenemnda fann at dette var tilstrekkelig til at båtane kunne karakteriserast som ambulansar, og tenesta sjukehuset hadde etterspurt var dermed ei helse- og sosialteneste, som sjukehuset kunne velje å tildele til ein ideell organisasjon.

## 5.2 Felles handsaming av 11 saker som gjaldt tildeling av einerett

I februar 2013 avgjorde klagenemnda samla 11 saker (2012/157 – 2012/165 + 2012/169 og 2012/181) som gjaldt tildeling av einerett. Hovudregelen er at kontraktar som gjeld anskaffingar som overstig kroner 500 000 i verdi, skal bli inngått gjennom ein kunngjort konkurranse i tråd med regelverket sine kunngjeringskrav. Det ligg likevel føre visse unntak frå dette kunngjeringskravet, mellom anna dersom kontrakten det gjeld vert tildelt ein annan offentlig oppdragsgjevar med heimel i ein einerett dette organet har.

Den innklaga i desse sakene var kommunane Bergen, Askøy, Os, Osterøy, Sund, Vaksdal, Fusa, Samnanger og Kvam, samt selskapa BIR AS og BIR Privat AS. Klagenemnda kom til at unntaket for einerettstildeling kunne nyttast i dette tilfellet.

Den konkrete problemstillinga i sakene var om BIR Avfallsenergi AS, som er eit dotterselskap av BIR AS, lovleg kunne tildelast kontrakt med heimel i ein einerett til handsaming av hushaldsavfall, jf. unntaket i forskrifta § 1-3 (2) h, eller om det låg føre ei ulovlig direkte anskaffing.

Då klagenemnda avgjorde saken, hadde ESA nyleg valt å avslutte ein tilsvarande sak om tildeling av einerett for innsamling og handsaming av hushaldsavfall (sak 68457). Bakgrunnen for ESA-saken var ei klage på ein gjennomgåande norsk praksis for tildeling av einerett til innsamling og handsaming av hushaldsavfall, med tilvising til 14 konkrete tilfelle av tildelt einerett, herunder også tildeling av einerett i BIR-konsernet. På bakgrunn av det faktiske grunnlaget i saka tok ESA berre konkret stilling til tildeling av einerett til Ecopro AS og Returkraft AS. ESA la til grunn at einerett var lovleg tildelt. Klagenemnda fann at BIR Privat AS var tildelt einerett til å handtere kommunane sitt hushaldsavfall, herunder også handsaming, gjennom BIR-forskrifta av 2006. Tildelinga av einerett til BIR Privat AS var gitt i samsvar med forureiningslova og i medhald av forskrift. BIR Privat AS hadde gjennom ein kontrakt delegert eineretten til handsaming av hushaldsavfallet vidare til BIR Avfallsenergi AS. I ESA sak 68457 blei det lagt til grunn at ein tilsvarande kontraktsmessig delegering var i samsvar med direktivet, og det blei vist til at delegering måtte sjåast for å være basert på forureiningslova § 83 og administrative avgjerder på kommunalt nivå. Klagenemnda hadde same forståing av åtgangen til å delegere ein tildelt einerett som ESA, og fann at framgangsmåten ved delegering av einerett til BIR Avfallsenergi AS difor var i samsvar med forskrifta § 1-3 (2) bokstav h.



Den neste problemstillinga som nemnda tok stilling til, var om BIR Avfallsenergi AS måtte sjåast som eit offentlegrettsleg organ, herunder om selskapet "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. forskrifta § 1-2. Sentrale moment som er trekt fram i EU-domstolen sin praksis er her; føresetnadane for

verksemda sine aktivitetar, herunder konkurransesituasjonen og om verksemda utøver sin aktivitet på normale marknadsvilkår, om eininga har som føremål å skape inntening, kommersiell risiko og omstenda ved skipinga av verksemda, jf. Korhonen premiss (59), som er lagt til grunn i klagenemnda sine saker 2011/126 premiss (32) og 2011/149 (33). I si vurdering la klagenemnda for det første til grunn at det følgjer av praksis frå EU-domstolen at eit selskap også kan ha kommersielle aktivitetar, så framt verksemda fortsetter å tene allmennheita sitt behov, jf. Mannesmann i premiss

(25), som også blei lagt til grunn i Arnhem (55)-(58). Klagenemnda fann her at BIR Avfallsenergi AS tek hand om allmenta sitt behov for handsaming av hushaldsavfall. Handsaming av hushaldsavfall har første prioritet, og næringsavfall blei berre handsama ved overskotskapasitet. Tenesta blei utført til sjølvkost og finansiert i sin heilskap gjennom renovasjonsgebyret. Klagenemnda fann etter dette at BIR Avfallsenergi AS måtte sjåast som eit offentlegrettsleg organ.

Den neste problemstillinga var om tildelinga av einerett til BIR Avfallsenergi AS for handsaming av hushaldsavfall kunne sameinast med EØS-avtalen, jf. forskrifta § 1-3 (2) h, jf. EØS-avtalen artikkel 59 (1) og (2). Klagenemnda har tidlegare lagt til grunn at tildelinga av einerett må vere grunngjeve i det allmenne tvingande omsynet, eigna til å ivareta dette omsynet, samt at omsynet ikkje må kunne oppfyllest med mindre inngripande middel. BIR Avfallsenergi AS handsama også innsamla næringsavfall frå kommunane på kommersielle vilkår. Etter at kapasiteten ved forbrenningsanlegget blei auka med forbrenningslinje 2, utgjorde handsaminga av næringsavfall om lag halvparten av selskapet si verksemd. Det var difor ikkje riktig at kunngjering utlukka mindre leverandørar. Kommunane hadde også argumentert med at det var vanskeleg å finne interesserte leverandørar, men der er systemet i forskrifta at oppdragsgjevar kan unnlate kunngjering dersom det etter ei føregående konkurranse ikkje ligg føre eigna tilbod. Einerettstildelinga var også mellom anna grunngjeve med miljøomsyn, ved at det var ynskjeleg å ha kontroll med utøvinga av avfallshandsaminga, og herunder kunne sikre stabil drift og tilstrekkeleg kapasitet. Dei innklaga kommunane sto også overfor ein situasjon der det var anslege eit framtidig behov for auka kapasitet til forbrenning av hushaldsavfall. Det var knytt store investeringar til utbygginga av forbrenningslinje 2, og tildeling av eineretten til BIR Avfallsenergi AS sikra også investeringane ved etableringa av forbrenningsanlegget. At næringsavfall blei forbrent gjorde også at forbrenningsanlegget kunne drivast på den økonomisk mest fordelaktige måten, og manglande utnytting av reservekapasitet ville etter dei innklaga sine opplysingar gitt høgare renovasjonsgebyr. På denne bakgrunn fann klagenemnda at dei innklaga hadde sannsynleggjort at tildelinga av einerett var naudsynt, og at føremålet ikkje kunne oppfyllest med mindre inngripande middel. Einerettstildelinga blei difor sett for å vere i samsvar med EØS-avtalen, og tildelinga blei sett som gjennomført i tråd med § 1 - 3(2)h. BIR Avfallsenergi AS kunne dermed lovleg tildelast kontrakt for handsaming av hushaldsavfall, og det låg såleis ikkje føre ei ulovleg direkte anskaffing på dette grunnlag.

### 5.3 Sak 2011/206 - Avvisingsplikt ved grov korrupsjon og "self-cleaning"

Den 4. mars avgjorde KOFA sak 2011/206, som omhandlar avvisingsplikta når ein leverandør er rettskraftig dømt for korrupsjon.

Saken gjaldt ein open anbodskonkurranse for anskaffing av innvendige rehabiliteringsarbeid på Selfors skule. Klagenemnda fann at den innklaga hadde brote forskrifta § 11-10 (1) bokstav e ved ikkje å avvise valte leverandør. Dette var

basert på at nemnda fann at det måtte utførast ein identifikasjon mellom valte leverandør og denne sin prosjektleder ("A") (som var den som var rettskraftig dømt for korrupsjon). Dette fordi A hadde ei nøkkelrolle hos valte leverandør, ein eigarpart på 25 prosent, samt at A hadde sentrale rolle i tilknytte selskap. Dersom ein i dette tilfellet ikkje skulle utføre ein identifikasjon, ville det bli for enkelt å omgå regelen om avvisingsplikt. Nemnda uttala også at det heller ikkje ville vere i strid med forholdsmessigheitsprinsippet å avvise valte leverandør. Den innklaga framheva at det var utført tiltak for å reinvaske selskapet, men nemnda meinte at desse i avgrensa grad kunne sjåast som reelle "self-cleaning" tiltak, då tiltaka primært framstod som formelle tiltak for å unngå avvising, og i liten grad var retta mot å forhindre framtidig korrupsjon. Det blei heller ikkje sett som uforholdsmessig å avvise valte leverandør som følgje av tidsforløpet, som her var to år og tre månadar etter at dommen i saka hadde blitt rettskraftig og seks år etter at handlingane fann stad. Dette blei grunngjeve med at A var dømt til fengsel i 1 år og tre månader for grov korrupsjon. Dette måtte sjåast som ei alvorleg domfelling for handlingar som var blitt gjort av A i rollen som administrerande direktør.

#### 5.4 Sak 2013/14 - Oppdragsgjevar sin valfridom er avgrensa etter tildeling av kontrakt

Klagenemnda si sak 2013/14 av 18. mars visar at oppdragsgjevar sin valfridom er avgrensa etter tildeling av kontrakt. Etter tildeling både kan og skal oppdragsgjevar rette opp regelbrot ved den føregåande evalueringa, men andre endringar basert på ei endra vurdering eller evaluering er ikkje tillatne.

Saken gjaldt ein open anbuds konkurransen for anskaffing av rehabilitering av vatn og avløp. Klagar blei først tildelt kontrakt, men tildelinga blei seinare omgjort og klagar blei avvist. Klagenemnda fann at den innklaga hadde brote forskrifta § 13-4 (4) ved å avvise klagar, då den innklaga ikkje hadde påvist at det låg føre feil ved den første vurderinga av klagar sine kvalifikasjonar og tilbod.

Det følgjer av forskrifta § 13-3 (4) at oppdragsgjevar kan annullere ei tildelingsavgjerd fram til kontraktsinngåinga, dersom "beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud)". Regelen inneberer at oppdragsgjevar ikkje kan endre ei lovleg tildelingsavgjerd, herunder verken tildelingsevaluering eller vurdering av kvalifikasjonar, ut



frå ei endra skjønnsutøving. Dette betyr at oppdragsgjevar seinare enn tildeling både kan og skal rette opp regelbrot ved den føregåande evalueringa, men at andre endringar basert på endra vurdering eller evaluering ikkje er tillatne.

I denne saken innebar dette at tildelingsavgjerda berre kunne endrast dersom det låg føre regelbrot som medførte avvisingsplikt etter forskrifta § 20-12 (1) (forhold ved leverandøren) eller § 20-13 (1) (forhold ved tilbudet). Klagenemnda fann at den innklaga ikkje hadde hatt plikt – og dermed heller ikkje rett – til å avvise klagar eller klagar sitt tilbud. Klagar sitt tilbud skulle difor vore handtert som eit gyldig og verksamt tilbud. Den innklaga hadde dermed brote forskrifta § 13-3 (4) ved å endre tildelingsevalueringa i klagar sin disfavour.

### **5.5 Sak 2013/21 - Første sak om grunngevingsplikta for tildelingsavgjerda etter at reglane for dette blei endra 1. juli 2012**

I klagenemnda si avgjerd 22. april i sak 2013/21 handsama klagenemnda for første gong den nye grunngevingsregelen i forskrifta § 11-14 (1). Saka gir rettleiing når det gjeld kva krav til grunngeving som no gjeld.

Saka gjaldt ein konkurranse med forhandling for anskaffing av tverrfagleg spesialisert handsaming for rusmiddelavhengige. Klagar førte mellom anna fram at den innklaga hadde brote forskrifta § 11-14 (1) ved at det var gitt ei mangelfull grunngeving for val av leverandør. Det skal etter den nye regelen i forskrifta § 11-14 (1) berre gjevast éi grunngeving, i motsetnad til dei gamle reglane, der det skulle gjevast éi uoppfordra grunngeving og éi nærare grunngeving til leverandørar som oppmoda om dette. Det følgjer av forskrifta sin nye § 11-14 (1) at “Oppdragsgiver skal i samsvar med § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenperiode før inngåelse av kontrakt) annet ledd gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale. Oppdragsgiver skal i begrunnelsen opplyse navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte til-delingskriterier.”

I vurderinga av kva krav som blir stilt til grunngevinga etter dei nye reglane gjekk klagenemnda gjennom forarbeida til regelen, reglane i handhevingsdirektivet og rettspraksis frå EU. På bakgrunn av desse kjeldene kom klagenemnda til at “begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Begrunnelsen skal også være så presis og utfyllende at leverandørene kan bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning.”

Den innklaga hadde i saka vedlagt ein tabell som viste kor mange poeng kvar enkelt tilbydar fekk på tildelingskriteria pris og kvalitet, og i tillegg var det opplyst korleis

poenggjevinga var gjennomført på tildelingskriteriet pris, samt at det i den vedlagte evalueringsrapporten var gjort greie for kva som var det enkelte tilbod sine styrker og svakheiter på dei forholda som den innklaga hadde angjeve at skulle vurderast under tildelingskriteriet kvalitet. Den innklaga hadde også peikt på dei faktorane som var avgjerande for at eit tilbod på tildelingskriteriet kvalitet blei vurdert betre enn eit anna. Klagenemnda fann at denne grunnngjevinga oppfylte kravet til grunnngjeving i den nye forskrifta § 11-14 (1).

## 5.6 Sak 2011/221 - For kort tilbodsfrist gir plikt til å avlyse konkurransen

I sak 2011/221 konkluderte KOFA den 22. april med at ein tilbodsfrist på seks verkedagar i ei anskaffing under nasjonal terskelverdi, var for kort og i strid med regelverket sine krav til konkurranse i anskaffingslova § 5 og anskaffingsforskrifta § 3-1. Når så var tilfellet, hadde den innklaga ei plikt til å avlyse konkurransen. I det aktuelle tilfellet hadde kunngjeringa funne stad 23. juni 2011 og tilbodsfristen var 30. juni 2011. Konkurransen gjaldt anskaffing av utvikling av ein brettspelprototype. Brettspelet skulle belyse emna skatteparadis og ulovleg kapitalflyt, og ha ein interaktiv komponent knytt til internett.

Klagenemnda fann å vektlegge at utviklinga av brettspel innebar noko nyskappingsarbeid, som nødvendigvis ville ta noko tid. Kunngjeringa var vidare knapp og tilbydarane måtte sjølv ta kontakt med den innklaga for å få ytterlegare opplysingar om anskaffinga, slik som tildelingskriterier og den innklaga sine nærare tankar om innhaldet i spelet og kva kvalitetar det skulle ha. Vidare skulle



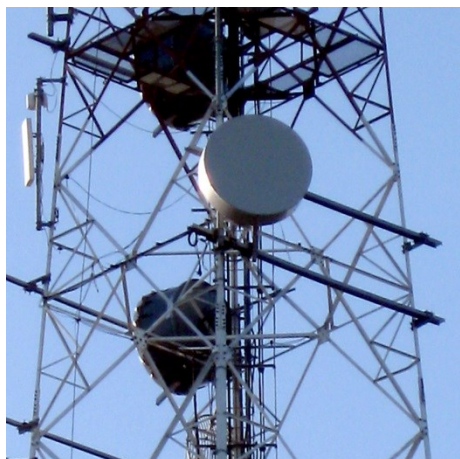
internettkomponenten utviklast i samarbeid med ein ekstern tredjepart, og denne sine tekniske løysingar. Tilbydarane måtte sjølv kontakte denne tredjeparten for å avklare dei tekniske sidene rundt internettløysinga. Ettersom den innklaga heller ikkje hadde vist til ein sakleg grunn for såpass kort tilbodsfrist, fann nemnda at ein frist på berre seks verkedagar var i strid med kravet til konkurranse.

Når det gjaldt ein eventuell avlysningsplikt, viste nemnda til tidlegare praksis og praksis frå EU-domstolen, som viser at ein offentlig oppdragsgjevar pliktar å avlyse ein konkurranse viss det er gjort feil som kunne påverka deltaking i konkurransen, eller konkurransen sitt utfall for klagar. Sidan tilbodsfristen har vesentleg betydning for leverandørar og berre to tilbydarar hadde delteke i denne konkurransen, kunne ein etter klagenemnda si vurdering ikkje sjå vekk frå at den ulovleg korte tilbodsfristen hadde påverka deltaking i eller utfallet av konkurransen. Den innklaga plikta då å avlyse konkurransen.

## 5.7 Sak 2012/235 – Overdraging av kontrakt i Naudnettsaka utgjorde ikkje ei ulovleg direkte anskaffing

I si avgjerd av 29. april fastslo klagenemnda at overdraginga av kontrakt i saka frå Nokia Siemens Networks Norge AS (NSN) til Motorola Solutions Norway AS (Motorola), ikkje utgjorde ei ulovleg direkte anskaffing.

I si vurdering tok klagenemnda utgangspunkt i EU-domstolen si avgjerd i sak C-454/06 (presstext). I denne avgjerda uttalte EU-domstolen at ei endring av leverandør som utgangspunkt er ei endring av ein vesentleg kontraktregel, som ein dermed likestillar med å inngå ein ny avtale, og som då utløyser kunngjeringsplikt dersom verdien av den nye kontrakten overstig kunngjeringsgrensa. Viss kontrakt blir inngått utan å følgje kunngjeringsreglane, ligg det føre ei ulovleg direkte anskaffing med mindre det finst ein unntaksregel som kan heimle den direkte kontraktinngåinga.



Då klagenemnda tok stilling til denne saka, var det ut frå det dåverande rettskjeldebiletet, noko uklart kva omstende som kunne grunngje eit unntak frå kunngjeringsplikta ved overføring av kontrakt frå ein leverandør til ein annan. Ut frå andre avgjerder frå EU-domstolen og juridisk teori, kunne ein likevel slutte ein del relevante moment. I samband med dette, framheva klagenemnda følgjande forhold: Motorola var allereie ved kontraktsinngåinga underleverandør for sentrale element i leveransen av naudnettet. Kontraktane var av lang varigheit, opp

til 20 år, og innebar betydelege investeringar. Kontraktane blei vidareført på same vilkår som tidlegare. På tidspunktet for overføringa var det svært lite anna verksemd i NSN enn naudnettkontraktane, og Motorola overtok personell og utstyr i tillegg til kontrakten. Før overdraginga gjorde KPMG ei vurdering av den økonomiske og finansielle stillinga for konsernet, der Motorola Solutions Inc er konsernspiss. Motorola Solutions Inc stilte vidare også gjennomføringsgarantiar for avtaleoppfyllinga overfor den innklaga. Foranledninga for overføringa var vidare at NSN ved fleire høve hadde mislegheldt kontraktforpliktingane i avtalane med direktoratet. NSN hadde også mislegheldt kontraktforpliktingane i relasjon til Motorola, som var NSN sin underleverandør. Motorola sendte eit termineringsvarsel til NSN som følgje av NSN sitt misleghald. Konsekvensen dersom Motorola heva ville vere at NSN ikkje lengre var i stand til å oppfylle pliktene i kontrakten. Det ville føre til ytterlegare forseinking av naudnettutbygginga, og påført staten ytterlegare utgifter. Det ville også føre til auka risiko for tap av menneskeliv dersom det i den perioden skulle skje hendingar som det eksisterande radionettet ikkje klarte å handtere. At kontrakten under desse omstenda blei overført til Motorola utgjorde etter nemndas syn ikkje ei endring av ein vesentleg regel i kontrakta, men ein vidareføring av kontrakten. Som følgje av dette førte påstanden om ulovlig direkte anskaffing ikke fram.

## 5.8 Sak 2011/326 – Plikta til å hindre spreing av teiepliktig informasjon

I klagenemnda si avgjerd i sak 2011/326 av 29. april, måtte nemnda ta stilling til om den innklaga hadde brote forskrifta § 3-6 ved å gi ein konkurrent innsyn i klagar sine delprisar før den aktuelle konkurransen blei avlyst og deretter kunngjort på nytt.

Den innklaga si grunngeving for å gje innsyn i klagar sine delprisar var at klagar ikkje hadde sladda områdeprisane i sitt tilbod. Etter konkurransegrunnlaget skulle tilbydarane sladde opplysingar som ikkje skulle vere gjenstand for innsyn, og den innklaga meinte at klagar ved å unnlate sladding hadde samtykka til offentleggjering. Klagenemnda påpeikte at plikta til å hindre uvedkommande kjennskap til teiepliktig informasjon ligg til oppdragsgjevar, og at klagar si manglande sladding ikkje ubetinga kunne oppfattast som eit samtykke til offentleggjering. Klagenemnda måtte difor ta stilling til om dei konkrete delprisane som det var gjeve innsyn i, måtte reknast som forretningshemmelegheiter. Nemnda fann at det avgjerande måtte vere at den innklaga, på tidspunktet det ble gitt innsyn, hadde ein klar foranledning til å ta stilling til om konkurransen måtte avlysast. Avlysing ville medføre at klagar sine konkurrentar kunne utnytte kunnskapen om klagar sine områdeprisar i den påfølgjande konkurransen. På tidspunktet for innsyn var difor prisinformasjonen av "konkurransemessig betydning å hemmeligholde" av omsyn til klagar. Dette innebar at den innklaga hadde brote forskrifta § 3-6 ved å gje konkurrentane innsyn i klagar sine delprisar.

## 5.9 Sak 2011/165 - Anskaffing av fleire kurs - éi anskaffing?

Av og til må anskaffing av fleire ulike kurs sjåast på som éi anskaffing. Dette illustrerer klagenemnda si avgjerd i sak 2011/165 av 19. august, som gjaldt Høgskulen i Ålesund si anskaffing av 4 ulike tryggleiks- og beredskapskurs til studentar ved Høgskulen i Ålesund.



Sjølv om det var ulike studentar som skulle gå på dei forskjellige kursa, hadde den innklaga bedt om eit samla tilbod på alle kursa frå to ulike leverandørar samtidig. Klagenemnda fann då, ut frå forskrifta § 2-3 (7), at verdien av alle kursa måtte summast saman når anskaffinga sin verdi skulle reknast. Når dette blei gjort, oversteig anskaffinga sin verdi den nasjonale terskelverdien på kroner 500 000.

Sidan anskaffinga ikkje var kunngjort, konstaterte klagenemnda at det låg føre ei ulovleg direkte anskaffing. Vidare fann nemnda og at skuldkravet var oppfylt og ga etter dette eit lovbrotsgebyr på kroner 50 000, som utgjorde om lag 7,5 % av anskaffinga sin verdi.



## 5.10 Sak 2011/265 - KOFA si første sak i stornemnd, oppdragsgivar sin moglegheit til å verne seg mot taktisk prising

Klagenemnda handsama 26. august si første sak i stornemnd, sak 2011/265 NCC Construction mot Statens vegvesen Region Midt. Med stornemnd meinast at saka handsamast av 5 nemndmedlemmer i staden for 3. Denne ordninga blei innført ved den førre endringa av klagenemndforskrifta som tredde i kraft 1. mars 2013. Stornemnd kan bli nytta i saker av prinsipiell tydnad.

Saka gjaldt bygging av ein ny tunnel og tilstøytande vegar frå Sunndalsøra til Modalen i Sunndalen kommune, og i konkurransegrunnlaget hadde Statens vegvesen Region Midt teke avgjerd om at prisen på rekningsarbeid på maskiner skulle "gjenspeile de faktiske kostnadene" og at "Timeprisen skal inkludere påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og



fortjeneste, men eksklusive merverdiavgift". Idet klagar hadde prisa nokre av desse postane til kr. 1, og andre postar ifølge den innklaga blei sett altfor høgt, blei tilbodet avvist med heimel i forskrifta § 20-13 (2) bokstav a. Klagar førte fram at avvisinga var i strid med regelverket fordi det oppstilte krav til prising på dei aktuelle rekningsarbeida måtte vere ulovleg på tre forskjellige grunnlag;

1. Sidan den innklaga ikkje eksplisitt hadde oppgitt i kroner kva som ville vere den øvre og nedre akseptable pris, mangla tilbydarane eit forsvarleg grunnlag til å inngi tilbod,
2. Fordi kravet måtte sjåast å bryte med anskaffingsrettslege prinsipp, ettersom taktisk prising fullt ut er lovleg, og
3. Fordi kravet måtte sjåast uproporsjonalt fordi den innklaga heller kunne ha oppgitt riktig mengde på dei rekningsarbeid som var bedt prisa.

Klagenemnda tok avgjerda om å handsame saka i stornemnd fordi det er av prinsipiell tydnad kva krav oppdragsgjevar kan stille til utforminga av prisen på leverandørane sine tenester, i ein konkurranse der pris er eit tildelingskriterium og oppdragsgjevar stiller slike krav for å motverke taktisk prising. Sidan oppdragsgjevar sin åtgang til å stille krav i konkurransegrunnlaget for å motverke taktisk prising ikkje er direkte regulert i loven eller forskriftene om offentlige anskaffingar, måtte klagenemnda vurdere det oppstilte krav på bakgrunn av dei grunnleggjande anskaffingsrettslege prinsippa. Det blei uttalt at det må sjåast fullt ut i samsvar med føremålet med regelverket at oppdragsgjevar søker å sikre seg mot taktisk prising,

som kan føre til at det beste tilbudet ikkje blir godkjend. På den andre sida er det i priskonkurransar leverandørane som i utgangspunktet skal fastsetje sine prisar og konkurrere på basis av desse. Ein regel som regulerer åtgangen til å prise lavt, kan difor føre til at oppdragsgjevar kan kome til å betale meir enn naudsynt for ei yting og hindre leverandørar som med medvit ynskjer å prise lavt (til dømes for å kome seg inn på marknaden) i å gjere dette. Vidare uttalte nemnda at dei motstående omsyna som her gjer seg gjeldande kan ha ulik vekt i ulike situasjonar, slik at det neppe er mogleg å gi ei rettsleg norm som vil gjelde i alle tilfelle.

Nemnda gjekk så over til å vurdere dei grunnlaga som klagar hevda at førte til at priskravet var ulovleg. Klagenemnda fann her at den innklaga hadde gjeve leverandørane eit forsvarleg grunnlag til å inngi prisar ved sine opplysningar. Vidare fann nemnda at kravet ikkje var ulovleg berre fordi det er vanleg at leverandørane prisar taktisk. Til slutt fann nemnda at det tiltak oppdragsgjevar her hadde stilt opp for å motverke taktisk prising måtte sjåast innanfor det skjønnsrom oppdragsgjevar har til sjølv å avgjere kva tiltak som vil nyttast, sjølv om fleire slike kan vere aktuelle. Det blei også framheva at dei prisane som var gjenstand for den innklaga sitt krav om prising som viste dei faktiske kostnadane, berre utgjorde ein liten del av dei postar som totalt skulle prisast. Basert på dette, fann nemnda at kravet ikkje kunne sjåast ulovleg, og vidare at den innklaga difor hadde rett til å avvise klagar sitt tilbud med postane på rekningsarbeid på maskiner til kr. 1. Nemnda var einig i konklusjonen, men eit nemndsmedlem, Kai Krüger, kom med ein særmerknad til vurderinga av saka.

### **5.11 Sak 2011/293 - Tenester som vert utført for det offentlege utgjer i visse tilfelle ikkje kontrakt**

I klagenemnda si avgjerd 2. september 2013 i sak 2011/293 handsama klagenemnda vilkåret om at det må tildelast ei offentlig kontrakt for at regelverket for offentlege anskaffingar skal nyttast. Dette er eit vurderingstema som sjeldan kjem opp for nemnda. Nemnda fann at tenestane ikkje utgjorde kontrakt. Tenestane som skulle utførast var blant anna lovpålagd. Dette viser at det fins døme på tenester som utførast for det offentlege som ikkje blir sett på som kontrakt i anskaffingsregelverket sin forstand.

Denne saka gjaldt spørsmål om det var tildelt ei offentlig kontrakt etter regelverket, når Arbeids- og velferdsetaten hentar inn spesialisterklæringar og uttaler frå samarbeidande spesialistar, med heimel i folketrygdlova § 21-4. Klagar førte fram at Arbeids- og velferdsetaten hadde gjennomført ulovlege direkte anskaffingar ved bruk av spesialistar i tilknytning til medisinske spesialistutgreiingar, utan at dette var kunngjort etter anskaffingsregelverket. Den innklaga viste til at utgreiingane ikkje var basert på gjensidig byrdande avtale mellom partane og at samarbeidsavtalane som i visse høve blir brukt, utlukkande var grunngeve i praktiske årsakar.

Klagenemnda måtte først ta stilling til om anskaffingane i saka var omfatta av regelverket, og dermed om Arbeids- og velferdsetaten sin bruk av spesialistar utgjorde offentlege kontraktar, etter forskrifta sin definisjon i § 4-1 bokstav a. Nemnda konstaterte at regelverket etter denne føresegna blir nytta når pliktane mellom partane blir ytt med utgangspunkt i ei kontrakt. Dersom pliktane ytast på anna grunnlag, til dømes ved lov eller administrativ føresegn, vil det ikkje bli omfatta av regelverket. Nemnda viste til relevant praksis frå EU-domstolen, mellom anna sak C 203/11 som til dømes viser at sjølv om ein avtale har heimel i lov, kan det ikkje sjåast vekk frå at eit samarbeid kvilar på avtale. Deretter vurderte nemnda folketrygdlova § 21-4, 2. ledd. Første setning seier at: "Helsepersonell plikter etter krav fra Arbeids- og velferdsetaten, Helsedirektoratet eller det organ Helsedirektoratet bestemmer å undersøke eller intervju en pasient og gi de erklæringer og uttalelser som er nødvendige for å kunne vurdere rettigheter og plikter etter loven her". Nemnda konstaterte også at føresegna ikkje regulerer korleis erklæringane blir henta inn. Nemnda kom deretter fram til at når det var klart at plikta til å utarbeide spesialisterklæringane og uttalene oppstod direkte av lovpålegget i folketrygdlova § 21-4, og det ikkje var føresett at det skulle bli inngått nærare avtale mellom partane om dette, eller at det var høve for partane å forhandle om vilkår knytt til erklæringane og uttalene, kunne ikkje tenesta som blei utført sjåast som kontrakt i regelverket sin forstand. Dette måtte leggjast til grunn uavhengig av kva måte spesialistuttalene blei heimel i forskrifta § 20-13 (2) bokstav a, som følgje av at klagar hadde prisa fleire av henta inn på. Det var etter dette ikkje gjennomført ulovlige direkte anskaffingar.

## 5.12 Sak 2013/66 - Lengre kontraktvarigheit kan stundom bli godtekne

I klagenemnda si avgjerd 16. september i sak 2013/66 vurderte klagenemnda mellom anna om 10 års kontraktvarigheit, med åtgang til seks månaders oppseiingsfrist for anskaffing av kontrakt for bedriftshelsetenester, var i tråd med anskaffingsregelverket. Nemnda godtok 10 års kontraktvarighet, som viser at det i visse tilfelle kan bli godteke lengre kontraktperiodar, dersom oppdragsgjevar godtgjer at det er gode grunnar for dette i det enkelte tilfellet.

Klagar førte fram at ei tidsavgrensing som gitt i regelverket for rammeavtalar måtte gjelde tilsvarande for ordinære kontraktar, og at kontrakten innebar ei ulovleg direkte anskaffing for den perioden som oversteig fire år. Den innklaga viste til at årsaka til lang kontraktvarigheit var eit ønskje om å redusere kostnadane.

Klagenemnda viste til at det i regelverket ikkje er gitt eksplisitte reglar om varigheit som kan nyttast ved inngåing av kontraktar om løypande tenesteytingar, utover det som gjeld for rammeavtalar i § 6-1 (4) og for dynamiske innkjøp, jf. § 6-4 (8). Nemnda viste og til klagenemnda sin sak 2010/23. Her uttalte nemnda at føresegna i §§ 6-1 (4) og 6-4 (8) ikkje kan overførast på kontraktar om levering av varer og tenester, men at kravet til konkurranse i lova § 5 kan bli ein skranke mot "kontrakter av meget lang varighet utan at oppdragets art eller innhald tilsier dette, og hvor

konkurransmomentet svekkes av den grunn”. Dette med referanse til EU-domstolen si sak C 454/06 “Presstext”, som i motsetnad til saka som låg føre, gjaldt ein avtale som ikkje var avgrensa i tid. Klagenemnda hadde også lagt til grunn at det ved vurderinga av avtalar si varigheit er relevant å leggje vekt på dei same momenta som kan grunngje unntak frå avgrensing i tid for rammeavtalar. I si vurdering av den førelagde saken la klagenemnda deretter til grunn at val av kva varigheit ein kontrakt skal ha, i utgangspunktet er eit val som er underlagt oppdragsgjevar sitt innkjøpsfaglege skjønn. I dette tilfellet var det ikkje tale om ein rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning og dermed stilte ikkje regelverket opp nokre eksplisitte avgrensingar for kva varigheit ein avtale kan ha. Den innklaga hadde grunngjeve valet om 10 års kontraktvarigheit, med eit ønskje om å redusere kostnadane. Den innklaga hadde i samband med dette vist til at tiårsavtalar hadde resultert i sparte kostnadar på 30-40 %, og at ein i denne konkurransen fekk ein spart kostnad på 32 %. Den innklaga sparte også interne ressursar ettersom det sjeldnare blei naudsynt å kunngjere konkurransar. Nemnda slo etter dette fast at den innklaga sitt val av ein kontraktperiode på 10 år var innanfor rammene av den innklaga sitt innkjøpsfaglege skjønn.

### 5.13 Sak 2011/351 - Unntaket for forskings- og utviklingstenester omfattar ikkje tenester som går utover føremålet

Sak 2011/351, avgjort 5. november, gjaldt ein avtale om utvikling og uttesting av eit trimaranfartøy, som og inkluderte drift av to hurtigbåtruter over ein periode på ti år. Trimaranfartøyet var basert på ein teknologi som ikkje tidligare hadde vore utprøvd, og avtalen var ikkje kunngjort etter forskrifta. Spørsmålet var om kontrakten gjaldt ein forskings- og utviklingsteneste som er unntekte forskrifta si kunngjeringsplikt, jf. forskrifta § 1-3 (2) bokstav g, eller om det var tale om ei kunngeringspliktig kontrakt og det at den ikkje var kunngjort innebar at det var gjort ei ulovlig direkte anskaffing.



Avtalen innebar at trimaranfartøyet skulle utviklast i laupet av dei tre første åra av avtalen sin varigheit, og at fartøyet skulle drifte hurtigbåtrutene etter at dei var bygde. Parallelt med utviklinga og uttestinga av trimaranfartøyet skulle rutene driftast av ein annan hurtigbåt, som seinare skulle nyttast som reservebåt. Klagenemnda framheva at unntaket i forskrifta § 1-3

(2) bokstav g må tolkast restriktivt, og at det er avgrensa kva som kan kjøpast etter føresegna. Sjølv om unntaket for forskings- og utviklingstenester og vil kunne gjelde utføringa av tenester som er naudsynt for uttesting av forskings- og utviklingstenestene, gjeld ikkje unntaket utføringa av tenester som går ut over dette føremålet. Innklaga hadde uttalt at berre to til tre år med hurtigrutetransport var

naudsynt for uttesting av fartøyet. Avtalen innebar dermed drift av hurtigbåtrutene i sju til åtte år lengre enn det som ville vore naudsynt for rein uttesting av teknologien. Klagenemnda fann at kontrakten som var inngått omfatta for store element av ordinær hurtigrutebåttransport til at kontrakten var omfatta av unntaket for forskings- og utviklingstenester. Kontrakten utgjorde difor ei ulovlig direkte anskaffing. Klagenemnda ga lovbrotsgebyr for den delen av kontrakten som relaterte seg til ordinær hurtigrutebåttransport. Troms fylkeskommune fekk eit gebyr på 15,2 millionar kroner, som utgjorde 12 % av anskaffinga sin verdi.

#### 5.14 Sak 2011/349 - Avgrensingar i kva for arbeid som kan utførast som tilleggsarbeid til ei eksisterande kontrakt inngått etter ein kunngjort konkurranse

Klagenemnda si avgjerd i sak 2011/349 av 18. november gjaldt spørsmålet om Statens vegvesen hadde gjennomført ulovlege direkte anskaffingar ved å inngå to ulike kontraktar om bygging av ein ny gang- og sykkelveg utan å kunngjere desse kontraktane. Asfaltarbeida som gjaldt desse gang- og sykkelstiane blei utført som eit endringsarbeid til ei gjeldande asfaltkontrakt, medan det resterande arbeidet blei utført som endringsarbeid til ei eksisterande drifts- og vedlikehaldskontrakt.



Klagenemnda fann at sidan asfaltarbeida skulle utførast i det same området som asfaltkontrakten gjaldt, hadde arbeida nær samanheng med den allereie inngåtte asfaltkontrakten. Arbeida med å asfaltere gang- og sykkelvegen utgjorde vidare berre ca. 4,7 % av verdien av den inngåtte kontrakten om asfaltarbeid, og var difor innanfor grensa for lovlege

tilleggsarbeid i kontraktføresegna. Basert på dette, kom klagenemnda til at asfaltarbeida som gjaldt bygginga av ny gang- og sykkelveg lovleg kunne utførast som eit endringsarbeid til gjeldande asfaltavtale. Denne kontraktinngåinga kunne dermed ikkje utgjere ei ulovleg direkte anskaffing.

For det andre arbeidet som gjaldt bygginga av den nye gang- og sykkelvegen, fann klagenemnda at ei kontrakt om å byggje ein ny veg er eit sjølvstendig bygge- og anleggsarbeid, og av ein heilt annan art enn drift og vedlikehald av eit eksisterande vegnett. Kontrakten om bygging av gang- og sykkelveg kunne difor vanskeleg seiast å stå i samanheng med det drift- og vedlikehaldskontrakten omfatta, og det fall heller ikkje innanfor innklaga sitt kommuniserte behov. Basert på dette, kom klagenemnda til at arbeida ikkje kunne vere omfatta av den kunngjorde kontrakten om drift- og vedlikehald. Kontraktinngåinga måtte dermed bli sett som ei ulovleg direkte anskaffing.

Avgjerda syner sontringa mellom kva for arbeid som kan gjerast som lovleg tilleggsarbeid til ei allereie inngått kontrakt, og kva for arbeid som ikkje omfattast, fordi dei må sjåast på som ei sjølvstendig anskaffing. Statens vegvesen ble i denne saken gjeve eit lovbrotsgebyr på 10 % av anskaffinga sin verdi, som utgjorde 230 000 kroner.

### 5.15 Sak 2013/69 - UiO kunne ikkje avvise det norske G4S

I klagenemnda si sak 2013/69, som blei avgjort 21. oktober, kom nemnda til at Universitetet i Oslo hadde brote regelverket ved å avvise G4S - eit norsk aksjeselskap som er del av eit internasjonalt konsern – på grunnlag av kontraktar eit anna konsernselskap har med den israelske stat på Vestbreidda.

Bakgrunnen for saka var at den innklaga avviste klagar frå deltaking i ein pågåande open anbodskonkurransje om vakttenester, under tilvising til at selskapet ikkje oppfylte eit kvalifikasjonskrav om internasjonale menneskerettskonvensjonar. Kvalifikasjonskravet som var stilt var at: "Leverandøren skal følge normer som gjelder i bransjen, ILO-konvensjoner og internasjonale menneske rettighetskonvensjoner". Kravet skulle dokumenterast ved signering av ei erklæring om at leverandøren ikkje sjølv, "eller indirekte gjennom våre forbindelser bidrar til brudd", på mellom anna desse konvensjonane. Klagar hadde underteikna erklæringa, men hadde og tatt inn opplysningar om diverse kontraktar som klagar sitt israelske søsterselskap hadde på Vestbreidda. Basert på dette fant UiO at klagar ikkje oppfylte kvalifikasjonskravet, og avviste selskapet. Klagar heldt prinsipalt fram at avvisinga av klagar var urettmessig, og subsidiært at det aktuelle kvalifikasjonskravet var ulovleg. Innklaga hevda at avvisinga var rettmessig, og at klagar og kunne avvise etter forskrifta § 11-10 (2) bokstav d – som følgje av "alvorlige forsømmelser mot [...] etiske krav".



Klagenemnda avgjorde saka på den prinsipielle påstanden, og konkluderte med at det ikkje kunne leggjast til grunn at klagar ikkje oppfylte det oppstilte kvalifikasjonskravet. UiO si avvising av klagar utgjorde difor eit brot på anskaffingsregelverket. Nemnda fann ikkje grunnlag for identifikasjon mellom klagar og det israelske søsterselskapet, og tok ikkje stilling til dei påståtte menneskerettsbrota.

I avgjerda blei det og vurdert om klagar kunne avvise etter forskrifta § 11-10 (2) bokstav d. Nemnda uttalte at det skal mykje til for at forsømingar gjort av andre rettssubjekt enn den aktuelle tilbydaren, herunder andre juridiske personar i same konsern o.l., får innverknad på om ein leverandør kan eller skal avvise. Heller ikkje denne føresegna ga innklaga heimel til å avvise klagar i dette tilfellet.

## 6. Andre oppgaver i 2013

### 6.1 Tildelingsbrevet frå FAD og tilgjengelegheit til våre avgjerder

I følgje tildelingsbrevet frå FAD skal KOFA " *bidra til økt kunnskap*" om anskaffingsreglane. Klagenemnda meiner at det er svært viktig at avgjerdene blir gjort kjend for målgruppene, nemleg oppdragsgjevarar, klagarar og media på ein best mogleg måte. Det blei difor satt i verk eit arbeid for å forbetre KOFA si internettside, [www.kofa.no](http://www.kofa.no), hausten 2012. Dette resulterte våren 2013 i internettsider som er meir brukarvenlege. I tillegg blei det bestemt at vi og skal gi ut nyhendebrev ein gong i kvartalet, og merke dei prinsipielle avgjerdene våre som "Utvalt sak". Dette for at brukarane lettare skal kunne finne og gjere seg kjend med våre viktigaste avgjerder. Som følgje av at vi hausten 2013 fekk ekstratilskot øyremarka til å utvikle ein betre søkjemotor, fekk vi dette på plass i desember 2013.

### 6.2 Heimesida [www.kofa.no](http://www.kofa.no) og våre abonnementstenester

Heimesida [www.kofa.no](http://www.kofa.no) inneheld informasjon om KOFA, systemet for klage til oss, statistikk på sakshandsamingstid og informasjon om alle våre innkomne og avgjorte saker. Dei meir prinsipielle avgjerdene, er frå og med 2013 merka med "Utvalt sak". Det blir også lagt ut pressemeldingar i gebyrsakane og andre meir prinsipielle saker. Vidare legg vi ut våre nyhendebrev ein gong i kvartalet.

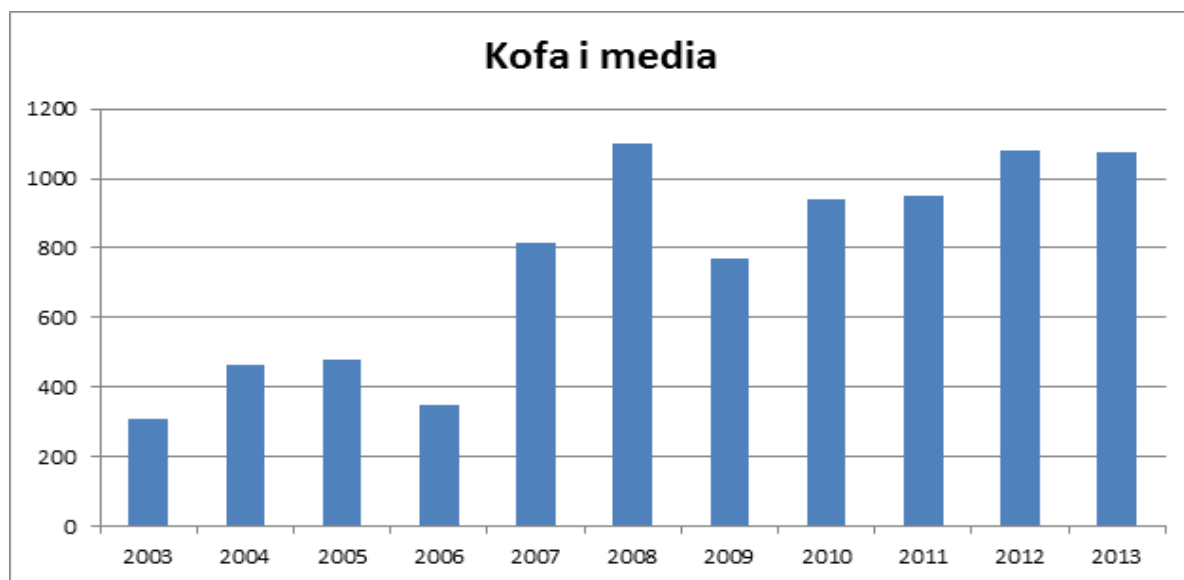
Via våre abonnementstenester, kan dei som er interessert, abonnere på å få tilsendt nye avgjerder og nyhendebrev elektronisk. I 2013 hadde vi 2777 abonnentar. Dette er ein liten oppgang frå det vi hadde i 2012, då vi hadde 2750 abonnentar.

### 6.3 KOFA sin fagkonferanse 2013

KOFA sin fagkonferanse 2013 fann stad den 8. november på studentsenteret i Bergen. På konferansen var det rekordstort oppmøte, med over dobbelt så mange som i fjor. På programmet stod ein gjennomgang av dei viktigaste KOFA avgjerdene det siste året, spørsmål kring kor gjennomsiktige offentlige anskaffingar skal og bør vere, ein presentasjon av ESA og ESA sine viktigaste saker, korrupsjon i offentlige anskaffingar og avvising av leverandørar, status og viktige endringar i regelverket gjennom det nye EU-direktivet og gjennom forenklingsutvalet sitt arbeid med dei særnorske reglane, samt status i regelverket og vegen vidare sett frå NHO og KS sin ståstad. Evalueringa som blei gjennomført etter konferansen, viste at deltagarne var godt nøgde med konferansen. Den årlege fagkonferansen blir arrangert for å auke KOFA sin synlegheit og for å medverke til å utvikle eit godt juridisk fagmiljø innanfor fagfeltet. KOFA samarbeider med det juridiske fakultet i Bergen for å auke kunnskapen om faget og dermed vonleg og å auke rekrutteringa av flinke juristar til KOFA og Universitetet. Konferansen er open for alle, både representantar frå tilbydarsida og oppdragsgjevarsida. I år var det og gratis for studentar å delta.

## 6.4 Media

Tabellen viser talet på medieklipp sidan 2003. Som det går fram har det vore ei tydeleg auke i talet på medieklipp sidan KOFA blei starta, med ein førebels topp i 2008 som var året, då KOFA for alvor byrja å gje lovbrøtsgebyr for ulovlege direkte anskaffingar. Talet på medieklipp i 2013, 1074, er omtrent på nivå med talet på klipp frå 2012.



## 6.5 Føredrag

KOFA sin leiar, sekretariatsleiar og andre juristar i KOFA sitt sekretariat held føredrag gjennom året for å spreie kunnskap om KOFA, våre avgjerder og anskaffingsregelverket generelt. Av ressursomsyn, har vi dessverre ikkje moglegheit til å takke ja til alle dei førespurnadane vi får om å holde føredrag. I 2013 heldt vi mellom anna føredrag for Næringslivets forum for offentlige anskaffelser (NFOA), Kommunenes Sentralforbund, finanskomiteen i Oslo bystyre, samt på vår eigen fagkonferansen på studentsenteret i Bergen.

## 7. Avsluttande kommentar

### Direktør/Sekretariatsleiar Erlend Pedersen

I 2013 har vi sett at den nedgangen i antall innkomne saker som begynte 1. juli 2012, da klagegebyrene ble hevet og gebyrmyndigheten for kontrakter inngått etter dette tidspunkt ble overført til domstolene, har fortsatt. Etter 1. juli 2012, mottar vi nå ca. 60 % færre rådgivende saker og ca. 80 % færre gebyrsaker. Det positive med dette, er at vi nå klarer å nedarbeide de store restansene som hadde bygd seg opp før dette tidspunktet og etter hvert dermed får kortere saksbehandlingstid, noe vi vet er viktig



for de som har saker til behandling hos oss. Det negative er at det nå gjerne er en del saker som burde kommet inn til KOFA som ikke gjør det. Dette gjelder særlig gebyrsakene, og når, så vidt jeg vet, domstolene heller ikke har mottatt noen slike saker etter at myndigheten til å ilegge sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser ble overført til disse, er dette etter mitt syn ikke en heldig utvikling. Det er konkurranseelementet i anskaffelsesregelverket som skal sørge for at det offentlige får lavest mulig pris og best mulig kvalitet når det benytter fellesskapets midler i sine innkjøp. Ved ulovlige direkte anskaffelser kunngjøres ikke innkjøpene på den måten regelverket foreskriver, og da settes konkurranseelementet helt eller delvis ut av spill. Jeg tror at det, særlig av preventive grunner, er viktig å ha på plass et effektivt og praktisk kontroll- og sanksjonsapparat mot ulovlige direkte anskaffelser og jeg er glad for at regjeringen nå synes å ta fatt i dette.



Ellers har 2013 også vært preget av de tiltak vi har iverksatt for å gjøre KOFAs avgjørelser mer tilgjengelige. Etter hvert som antallet avgjørelser har vokst, er dette blitt viktigere og viktigere. Her vil jeg først trekke frem våre kvartalsvise nyhetsbrev og at vi har begynt å merke de mer prinsipielle avgjørelsene som "Utvalgt sak". Begge disse tiltakene gjør at det er lettere å bli oppmerksom på de viktigste avgjørelsene. Videre vil jeg også nevne fornyingen av vår hjemmeside og den nye søkemotoren vi fikk på plass i desember. Sistnevnte er noe vi lenge har ønsket å få på plass, for vi vet at det tidligere har vært komplisert å finne de relevante avgjørelsene. Vi har også sørget for at hjemmesiden vår nå oppfyller mållovas krav til veksling mellom målformene.

Videre vil jeg også takke alle som kom på fagkonferansen vår i 2013, både de som holdt foredrag og de som kom og hørte på, og alle de flotte tilbakemeldingene vi fikk på konferansen. I 2013 var det rekordhøyt oppmøte med over dobbelt så mange deltagere som foregående år. Dette er jeg veldig fornøyd med, og jeg ser frem til neste konferanse som vil finne sted høsten 2014.

Når det gjelder foredrag, har vi dessverre ikke kunnet takke ja til alle de forespørslene vi har fått om dette. Dette ut fra ressurshensyn, men jeg er glad for de foredrag vi har kunnet bidra med.

