



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

### Godt nytt KOFA-år!

KOFA-året 2018 er avslutta, og tala talar for seg. For KOFA sin del har 2018 vore prega av ein reduksjon i klage tilstrøyminga, interessante avgjerder med viktige rettsavklaringar, gebyrvedtak og søksmål etter gebyrvedtaket mot Norges Sjømatråd AS.

KOFA fekk i året som gjekk, inn ca. 135 saker, dvs. betydeleg færre enn i 2017, då det vart registrert 193 innkomne. Talet ligg nær tilstrøymingstalet frå i 2014 med 132 innkomne saker, men langt ifrå toppåret 2010, då 406 klagesaker vart registrert.

Samtidig ser vi ei klar utvikling mot at sakene som blir behandla, for det jamne er meir faglig tunge og meir komplekse enn tidlegare. Dermed kan det sjå ut som KOFA no først og fremst blir brukt til dei tyngste sakene, og som dei enklaste sakene i høgre grad blir løyste utanfor KOFA. Sekretariatet avviser omkring 20 prosent av sakene, altså er det sjeldnare avvisingar enn i tidlegare år, då snittet stort sett har vore på mellom 25 og 30 prosent.

Av dei 135 sakene som kom inn i 2018, var berre 13 klager som gjaldt ulovlege direkte innkjøp. Vi kan konstatere at sjølv om KOFA har hatt mynde til å pålegge gebyr sidan 1. januar 2017, så har den store tilstrøyminga av klager som har gjaldt ulovlege direkte innkjøp, førebels ikkje komme.

Framleis er talet på prioriterte saker høgt, og slike klager utgjorde over 20 prosent av talet på innkomne saker til KOFA. Det er positivt at KOFA blir brukt i saker der tvisteløysingsorganet kjem mest til sin rett: i saker der kontrakt enno ikkje er inngått, og der oppdragsgjevar kan velje å inngå kontrakt med ein annan leverandør enn den dei opphavleg hadde tenkt å tildele kontrakten, dersom KOFA kjem til at oppdragsgjevar ikkje har handla rett i innkjøpsprosessen.

Klagenemnda for offentlege innkjøp avgjorde totalt 116 saker i 2018, dvs. nesten like mange saker som nemnda fekk inn. Nokre av desse var gebyrsaker, og KOFA påla totalt 3 gebyr til ulike offentlege oppdragsgjevarar. I september vart KOFA saksøkt i Norges Sjømatråd AS-saka, og hovudforhandlinga er venta å starte i april/mai 2019. Saka er prinsipielt viktig og omhandlar korleis ein skal forstå «offentlegrettsleg organ» og skyldkravet som må vere oppfylt for at KOFA skal kunne pålegge gebyr for ulovleg direkte innkjøp.

KOFA-konferansen vart halden i november 2018 på Scandic Flesland Airport med over 400 deltakarar. Takk til alle dykk deltakarar som gjer konferansen til eit høgdepunkt i året for alle som jobbar med og er interessert i offentlege innkjøp. Regelverket for offentlege innkjøp er komplisert, og det er behov for arenaar der både offentlege oppdragsgjevarar, leverandørar og advokatar kan treffast for få ny kunnskap om regelverket og korleis vi skal stille oss til det i praksis.

I samband med at Klagenemndssekretariatet har lansert ei heilt ny heimeside for alle nemndene som er underlagd sekretariatet, har KOFA fått nye nettsider. Vi har lagt vekt på at søkemoglegheitene skal vere gode, og på at vi i høgre grad enn før skal kunne legge ut nyhende om saker og andre ting som angår dykk brukarar. Vi har òg fått tilbake nyhendefeeden som gjer oppdaterte nyhende om saker som angår KOFA eller offentlege innkjøp.

Vi gler oss til nye spennande saker i 2019, og ønsker dykk eit godt nytt KOFA-år!

## **Innkjøp der tildelingskriteriet «pris» ikkje var eigna til å peike ut kva tilbod som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet**

Sak 2018/238 for klagenemnda gjaldt ein konkurranse om tilbod på kommunal slamtømming. Nemnda kom til at tildelingskriteriet «pris» som vart nytta i konkurransen, ikkje var eigna til å peike ut kva tilbod som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet.

Priskriteriet vart vurdert på grunnlag av prisane som var tilbydde for prispostane «Grunnpris per anlegg», 20 prosent, «Tømming av tette tanker per m<sup>3</sup>», 20 prosent, og «Tømming av slamavskillere per m<sup>3</sup>», 10 prosent.

I evalueringa vurderte innklaga kvar av desse prispostane for seg, og gav tilboda ein poengsum frå 0 til 10 poeng for kvar prispost. Desse poengsummane vart så multipliserte med den prosentvise vekta av kvar prispost. Deretter vart dei vekta poenga summerte til ein samla poengsum.

I konkurransegrunnlaget var det gjeve informasjon om korleis priskriteriet kom til å bli vurdert. Dermed legg klagenemnda til grunn at i eit tilfelle som dette må terskelen vere høg for å sette den framgangsmåten som er beskriven, til side. Samstundes må òg ein kunnngjort evalueringsmodell etter omstenda kunne underkjennast som ueigna dersom resultatet av evalueringa tilseier det.

Dei to aktuelle leverandørane som deltok i konkurransen, prisa tilboda sine svært ulikt. Klagar tilbydde ein betydeleg lågare grunnpris enn leverandøren som vart vald, medan valde leverandør tilbydde langt lågare prisar for postane som gjaldt kubikkmeter slam tømt.

Klagenemnda påpeika at ulike prisstrategiar er ei utfordring som oppdragsgjevar burde ha vore førebudd på å møte når priselementa vart vurderte kvar for seg i staden for å inngå i ei samla berekning av totalprisen. I eit eventuelt kontraktsforhold måtte leverandørane vere førebudde på å bere konsekvensane av at det faktiske forbruket ikkje var i samsvar med kva dei sjølve hadde føresett. Nemnda uttala at oppdragsgjevar likevel var avhengig av at det var rimeleg samanheng mellom priselementa si vekt og den innverknaden dei var venta å ha på vederlaget, for at evalueringa skulle gje eit akseptabelt utfall.

Innkлага viste til at valde framgangsmåte vart nytta fordi det var ei reell uvisse omkring kva forbruksmønster dei kunne vente seg. Men innklaga hadde ikkje utdjupa korleis modellen deira varetok denne uvissa.

Klagenemnda forstod innklaga slik at det ikkje var motprova at det venta vederlaget basert på einingsprisar og erfaringstal ville vere høgare ved å velje valde leverandør sitt tilbod. Dette var vanskeleg å foreine med at evalueringa skulle vere innretta med tanke på å finne ut kva tilbod som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet.

På bakgrunn av dette konkluderte klagenemnda med at tildelingskriteriet «pris» som vart nytta i denne konkurransen, ikkje var eigna til å identifisere kva tilbod som hadde det beste pris-kvalitet-forholdet. Som følge av at tildelingskriteriet var ulovleg, kom klagenemnda til at konkurransen måtte avlysast. Klagar hadde derfor ikkje sakleg interesse av å få avgjord dei andre merknadene sine.

## Braut regelverket ved å gje ut fortrulege opplysingar

I sak 2017/157 kom klagenemnda til at innklaga hadde brote regelverket ved å gje leverandørane tilgang til kvarandre sine prisar – etter at tilbudsfristen var gått ut, men før dialogen hadde starta.

Saka gjaldt ein open tilbuds konkurranse om ein kontrakt om riving av kommunal bygningsmasse. Innklaga fekk inn fire tilbod i konkurransen, av desse tilbod frå EN Entreprenør AS (klagar) og Pefa Miljø AS (valde leverandør).

**Innklaga sende deretter ut ein e-post til dei fire leverandørane. Vedlagd e-posten var ein åpningsprotokoll, som mellom anna viste «Evalueringspriser inkl. mva.» for dei fire tilboda. I e-postar av 6. oktober 2017 sende kl. 12.12 og 12.18 vart klagar og valde leverandør inviterte til å levere reviderte pristilbod. Fristen vart sett til kl. 15.00 same dag.**

I ein e-post send kl. 15.44 orienterte innklaga om at kontrakten var tildelt valde leverandør.

Klaga sette fram ei rekke ulike merknader om brot på regelverket, av desse at tilbodet frå valde leverandør skulle ha vorte avvist, at innklaga hadde brote kravet om likebehandling, at innklaga ikkje hadde oppfylt rettleiingsplikta, og at berre skriftleg forhandling hadde vorte nytta. Desse merknadene førte ikkje fram.

Men klagenemnda fann at innklaga hadde brote § 9-3 (5) i forskrifta ved å gje leverandørane tilgang til kvarandre sine prisar:

- «(55) *Forskrifta inneheld ingen definisjon av «fortrulege opplysingar». Men etter § 7-4 i forskrifta jamført med forvaltingslova § 13 må det vere klart at føresegna i alle fall dekkjer opplysingar som er underlagd teieplikt.*
- (56) *Etter forvaltingslova § 13 første ledd nr. 2) pliktar oppdragsgjevar å hindre at andre får tilgang eller kjennskap til det han i samband med tenesta eller arbeidet får vite om «[...] forretningsforhold som det vil vere av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår».*
- (57) *I vår sak var pris det einaste tildelingskriteriet. Prisopplysingane vart som nemnt gjevne ut etter at tilbudsfristen var gått ut, men før dialogen med tilbydarane og altså før det endelege tilbodet og tildelinga av kontrakten. Når innklaga sende over prisopplysingane, fekk leverandørane høve til å tilpasse dei reviderte tilboda sine etter prisane frå dei andre leverandørane. På dette tidspunktet var det etter klagenemnda si oppfatning «av konkurransemessig betydning å hemmeligholde» prisane. Prisane var dermed underlagde teieplikt etter forvaltingslova § 13 første ledd nr. 2), og dessutan å rekne for «fortrulege opplysingar» etter § 9-3 (5) i forskrifta.*

Nemnda kom òg til at innklaga hadde brote § 8-14 i forskrifta ved å sette ein for kort frist for å levere eit revidert tilbod.

## Konkurransesgrunnlaget gav ikkje leverandørane eit forsvarleg grunnlag for å levere tilbod

*I sak 2017/140 konstaterte klagenemnda at innklaga hadde brote regelverket for offentlege innkjøp ved at tildelingskriteriet «priser og kostnader» ikkje gav tilbydarane eit forsvarleg grunnlag for å levere tilbod.*

Innklaga kunngjorde ein open anbodskonkurranse om ei rammeavtale om sluktømming. Valet av leverandør ville ifølge konkurransegrunnlaget skje på bakgrunn av tildelingskriteria «priser og kostnader», «løsningsforslag» og «miljø».

Priskriteriet skulle evaluerast ut frå totalprisen i eit vedlagd prisskjema. Av skjemaet punkt 1 og 2 kom det fram at leverandørane skulle oppgje éin einingspris for tømming per sandfang i samsvar med arbeidsplanen, og éin einingspris for tømming av sandfang utanom arbeidsplanen. Einingsprisen for tømming av sandfang utanom arbeidsplanen skulle dekke tømming av 1–10 sandfang per ordre.

Prisskjemaet inneheldt òg to opsjonar for tømming av sandfang i samsvar med og utanom arbeidsplanen. Ved desse opsjonspostane var det skrive med store bokstavar at prisen var «UTEN DEPONIavgift». Slik klagenemnda forstod prisskjemaet, skulle prisane i punkt 1 og 2 inkludere deponiavgift, sjølv om det var innklaga som skulle betale denne avgifta. Leverandørane skulle vere ansvarlege for å levere massane til rett deponi og merka med rett tilstandsklasse.

**Men kor massane skulle deponerast, uttalar nemnda, og kva prisane for deponeringa kunne bli, var avhengig av forureiningsgraden på massane. Også transportkostnadene, som skulle vere innkalkulerte i prisen, ville etter omstenda vere avhengige av forureiningsgraden:**

- (38) *Trass kor viktige desse opplysingane var for utforminga av tilboda, gav konkurransegrunnlaget ingen informasjon om kor forureina leverandørane kunne gå ut ifrå at massane ville vere. Konkurransesgrunnlaget sa vidare ingen ting om kor store massar som skulle leggest til grunn i berekninga av deponiavgifta. Slik klagenemnda ser det, var det ikkje å vente at leverandørane skulle ha denne kunnskapen sjølve [...].*

Tilboda som hadde komme inn under konkurransen, viste at leverandørane hadde lagd noko ulike volum til grunn: Prisen til valde leverandør tok utgangspunkt i ei estimert mengd på 400 kg, medan i eit anna tilbod var det rekna med eit halvt tonn.

Etter klagenemnda si oppfatning var konkurransegrunnlaget dermed ikkje utforma på ein måte som gav tilbydarane eit forsvarleg grunnlag for å komme med tilbod. Dette, uttalar nemnda, bryt med kravet om likebehandling og føreseielegheit i lova § 4.

Nemnda fann òg grunn til å sette spørsmålsteikn ved om prisskjemaet i det heile var eigna til å identifisere kva som var det lågaste pristilbodet, men tok ikkje stilling til dette.