



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

KOFA har fremdeles høy tillit hos brukerne

Klagenemndssekretariatet gjennomførte en brukerundersøkelse om KOFA i januar 2019. Tidligere har KOFA gjennomført to undersøkelser, en i 2014 og en i 2016. Undersøkelsen som ble foretatt i 2019 er nesten identisk med de forrige undersøkelsene.

Undersøkelsen ble sendt til alle abonnentene av KOFA avgjørelsene og den ble lagt åpen for alle til å svare på nettsiden til Klagenemndssekretariatet. 149 personer svarte på undersøkelsen.

66 prosent av respondentene var offentlige oppdragsgivere. Kun 6 prosent var leverandører og resten av de som svarte bistår både oppdragsgivere og klagere. Av de som responderte mente 85 prosent at de hadde stor kjennskap til anskaffelsesregelverket, og 80 prosent svarte at de i stor grad arbeider med anskaffelsesregelverket i jobben sin. Vi kan derfor legge til grunn at de som har svart på undersøkelsen i hovedsak er personer som er godt kjent med KOFAs virksomhet.

At avgjørelsene er av god kvalitet er avgjørende for KOFAs legitimitet siden KOFA i hovedsak har rådgivende uttalelser som offentlige oppdragsgivere kan velge om de vil forholde seg til. 90 prosent av respondentene uttalte at KOFAs avgjørelser i svært stor grad eller i stor grad var av god kvalitet. Tar man med de som svarte verken/eller er man oppe i 97 prosent tilfredshet med kvaliteten.

Det er også fremdeles en høy andel som i svært stor grad eller i stor grad har tillit til KOFAs avgjørelser (88 prosent). Hvis man tar med dem som svarte verken/eller så er det nesten 100 prosent som svarer at de har tillit til KOFAs avgjørelser.

Ikke uventet står det verre til med tilfredsheten med saksbehandlingstiden for rådgivende saker. 39 prosent var i svært liten grad eller i liten grad fornøyd. Kun 7 prosent var i stor grad fornøyd med saksbehandlingstiden. For prioriterte saker var tilfredsheten større. 31 prosent var i svært stor grad eller i stor grad fornøyd med saksbehandlingstiden. 18 prosent svarte verken/eller på dette spørsmålet. 13 prosent svarte at de i svært liten grad eller i liten grad var fornøyd med saksbehandlingstiden for prioriterte saker.

Totalt sett viser undersøkelsen at KOFA fremdeles har fornøyde brukere når det gjelder avgjørelsens kvalitet og at tilliten er høy. Funnene i årets undersøkelse er svært lik tidligere undersøkelser bortsett fra når det gjelder saksbehandlingstiden som da forrige undersøkelse ble foretatt var lav. Det kom i tillegg mange nyttige innspill til hvordan KOFA kan forbedre nettsiden, søkefunksjonen og den informasjonen klagenemndssekretariatet legger ut til brukerne. Klagenemndssekretariatet er allerede i gang med å se på mange av de innspillene som kom og noen av dem er allerede gjennomført.

Gebyr til Bane NOR for ulovlig direkte anskaffelse

I sak 2018/24 ila klagenemnda Bane NOR et gebyr på kroner 3 800 000 for ulovlig direkte anskaffelse av elektronisk forbruksmateriell.

Innklagede hadde gjennomført en konkurranse om inngåelse av rammeavtale om elektronisk forbruksmateriell, men samtlige tilbud ble avvist. Innklagede sluttet seg derfor til en rammeavtale som var inngått av en stiftelse Tradebrokers. Spørsmålet i saken var om denne tilslutningen til Tradebrokers avtale representerte en ulovlig direkte anskaffelse.

Rammeavtalen til Tradebrokers ble kunngjort den 28. februar 2017, og i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen ble det opplyst hvilke av medlemsbedriftene som var underlagt anskaffelsesregelverket.

Innklagede var ikke på dette tidspunktet medlem i Tradebroker, og deres navn var dermed ikke nevnt. Det fremgikk imidlertid følgende av konkurransegrunnlaget:

«Alle bedrifter som tiltrer som medlemmer i Tradebroker i avtaleperioden skal ha rett til å benytte avtalen på like vilkår, men med mulighet for å begrense innsyn (konkurrerende virksomheter).

I konkurransegrunnlaget var også omsetningen for medlemsbedriftene som var underlagt regelverket om offentlige anskaffelser nevnt. Under dette fremgikk det følgende:

«I løpet av avtaleperioden, kan det forekomme inn og utmeldinger av medlemmer. Avtale kan gjøres tilgjengelig for de av våre medlemsbedrifter som ikke var påmeldt før forespørselen ble kunngjort. Utmeldte medlemmer skal miste våre betingelser. Valgt leverandører skal ta hensyn til dette.»

I innklagedes konkurranse ble som nevnt alle tilbudene avvist, og konkurransen ble derfor avlyst. Sommeren 2017 besluttet innklagede å bli medlem i Tradebroker. Ettersom Tradebroker nylig hadde inngått ny rammeavtale for blant annet innkjøp av elektromateriell, besluttet innklagede å dekke behovet for elektrisk forbruksmateriell gjennom sitt medlemskap i Tradebroker. Som grunnlag for at kontrakten ikke ble kunngjort, viste innklagede til formuleringene i Tradebrokers kunngjorte konkurranse om mulig tilslutning av ytterligere virksomheter.

Innklagedes anførsel om at man ut fra dette lovlig kunne tilslutte seg rammeavtalen, bygget på at konkurransegrunnlaget ved dette åpnet for at enhver privat bedrift og offentlig oppdragsgiver skulle kunne knytte seg til avtalen, hvor eneste forutsetning er at organisasjonen blir medlem av Tradebrokers. Klagenemnda anså det åpenbart at dette ikke gir et lovlig grunnlag for å unnlate kunngjøring, og viste i den forbindelse til EU-domstolens avgjørelse i sak C-216/17, og klagenemndas avgjørelser i sak 2015/65 og sak 2012/195.

Klagenemnda fant heller ikke se at øvrige unntaksbestemmelser i forsyningsforskriften kom til anvendelse i saken, og fant således at innklagedes tiltredelse til Tradebrokers avtale med Elektroskandia utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede ble ilagt et gebyr på 3 800 000 kroner, tilsvarende ti prosent av anskaffelsens opplyste verdi.

Eksempel på at KOFA tolker kvalifikasjonskravene i lys av det som skal anskaffes og konkurransedokumentene

I sak 2017/160 hadde innklagede gjennomført en åpen anbudskonkurranse for levering og montering av elektrotekniske anlegg i forbindelse med omlegging av E134 mellom Gvammen og Århus.

I konkurransegrunnlaget ble det blant annet opplyst at «E134 skal legges om mellom Gvammen og Århus, en strekning på ca. 12 km inklusiv den 9,4 km lange Mælefjelltunnelen. Arbeidet består av: Levering og montering av elektrotekniske anlegg inkludert SRO (styring regulering og overvåking)».

Et av kvalifikasjonskravene var «erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad». Oppfyllelse av dette kravet skulle dokumenteres med referanseprosjekter som viste at leverandørene hadde erfaring med:

- *Elektroinstallasjoner*
- *Maskinleveranser (automatiske bomber, ventilasjonsanlegg og variable skilt)*
- *Løsninger for styring, regulering og overvåking (SRO)*
- *Integrasjon av utstyrskomponenter*
- *Installasjoner i tunnel*

Klager hadde vist til erfaring fra installasjon av elektrotekniske systemer (inkludert SRO) i jernbanetunnel, men hadde ikke erfaring fra slik installasjon i veitunnel. På denne bakgrunn ble klager vurdert til ikke å oppfylle kvalifikasjonskravet «erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad», og ble avvist.

Klager fikk ikke medhold i sin anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klager. Avvisningen av klager bygget på en forståelse av kvalifikasjonskravet og dokumentasjonskravene om at det var nødvendig med erfaring fra installasjon i veitunnel. Klagenemnda var enig i dette.

Om innholdet av kvalifikasjonskravet uttalte klagenemnda i premiss 27:

«Det nærmere innholdet av dette kvalifikasjonskravet må fastlegges på bakgrunn av de tilhørende dokumentasjonskravene. Det er videre nødvendig å se hen til hva kontrakten konkret går ut på, herunder kravspesifikasjonen og øvrige kontraktsdokumenter lest i sammenheng, jf. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2012 side 1729, avsnitt 67.[...]»

Klagenemnda fremhevet særlig at oppdraget gjaldt installasjon av elektrotekniske anlegg på en 12 kilometer lang veistrekning, hvorav 9,4 kilometer av veien lå i tunnel. Det var også redegjort for forskjeller ved de elektrotekniske anleggene i henholdsvis veitunnel og jernbanetunnel. For eksempel var det ikke krav til automatiske bomber i jernbanetunnel, og anlegg for SRO i veitunnel var mer omfattende og komplekst enn tilsvarende anlegg i en jernbanetunnel.

Lest i sammenheng, fant klagenemnda at det for en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder måtte ha fremstått slik at det var påkrevd med erfaring fra installasjon i veitunnel.

Ikke i strid med regelverket at oppdragsgiver ikke hadde tatt hensyn til reisekostnader ved vurderingen av tildelingskriteriet «Kostnader»

Klagenemndas sak 2017/332 gjaldt en konkurranse for inngåelse av rammeavtaler med én eller flere leverandører for anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser. Anskaffelsen gjaldt en helse- og sosialtjeneste, og fulgte derfor forskriften del IV.

Sakens hovedspørsmål gjaldt betydningen av at innklagede hadde sett bort fra forskjeller i reisekostnader knyttet til valgte leverandørs og klagers tilbud.

Tildelingskriteriet «Kostnader» skulle ifølge konkurransegrunnlaget utelukkende vurderes ut fra «tilbudt kapasitet og pris i henhold til bilag D (antall pasienter x snitt enhetskostnad for Oppdragsgiver)». Etter nemndas syn gav konkurransegrunnlaget ingen holdepunkter for at tildelingskriteriet skulle vurderes på grunnlag av andre momenter enn de postene tilbyderne skulle fylle ut i konkurransegrunnlagets bilag D. At innklagede ikke tok hensyn til reisekostnader ved vurderingen av tildelingskriteriet «Kostnader» var derfor ikke i strid med konkurransegrunnlaget.

Klagers subsidiære anførsel var at manglende hensyntagen til de økte reisekostnadene gjorde at den samlede tildelingsevalueringen fremstod som uforsvarlig.

Klagenemnda bemerket at hverken forskriften § 30-1 eller noen av de øvrige bestemmelsene i forskriften kapittel IV innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å utforme et konkurransegrunnlag som sikrer at samtlige av oppdragsgivers kostnader knyttet til den etterspurte tjenesten vektlegges ved valg av tilbud.

Nemnda påpekte videre at de kostnadene som klager mente innklagede pliktet å ta hensyn til, ikke er vederlag som skal betales til leverandørene av de bildediagnostiske undersøkelsene, men refusjon av pasientenes utlegg. Regelverket krever ikke at oppdragsgiver må ta hensyn til de kostnader ulike tilbud vil påføre brukerne, eller mer generelt de samlede samfunnsøkonomiske kostnadene knyttet til lokalisering av de aktuelle tjenestene. En oppdragsgiver kan velge å utforme tildelingskriterier som vektlegger det som klager betegnet som «bedrifts- og samfunnsøkonomiske resultater», men er ikke forpliktet til dette. Etter omstendighetene kan det være usikkerhet ved en slik mer overordnet tilnærming, som tilsier at oppdragsgiver ikke ønsker å bruke tid og krefter på dette.

Etter nemndas syn var det klart at innklagedes valg av tildelingskriteriet ikke fremstod som usaklig, vilkårlig eller i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4.

Tidspunktet for bedømmelsen av kvalifikasjonskravene beror på en tolkning av konkurransegrunnlaget

Klagenemndas sak 2017/120 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av elevtransport med buss. Anskaffelsen var delt inn i to delkontrakter.

Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen var at leverandøren skulle ha «[t]ilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget». I tilknytning til kvalifikasjonskravet var det stilt et dokumentasjonskrav om «[b]eskrivelse av leverandørens kapasitet, type buss/busser som vil bli benyttet».

Etter at innklagede hadde tildelt de to delkontraktene til valgte leverandør, påklaget klager tildelingen for delkontrakt 1b. Klagen ble begrunnet med at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig kompetanse og kapasitet.

Innklagede hadde henvendt seg til valgte leverandør og bedt om ettersendelse av en ytterligere redegjørelse for leverandørens kapasitet, med antall ansatte og antall busser totalt. Valgte leverandør innga en bekreftelse fra bussleverandøren, datert etter datoen for tildeling.

Klagenemnda bemerket at selv om det oftest er slik at kvalifikasjonskravene forutsettes bedømt på bakgrunn av de kvalifikasjonene som leverandørene har dokumentert at foreligger på tilbudstidspunktet, så beror tidspunktet for bedømmelsen på en tolkning av det aktuelle konkurransegrunnlaget.

Selv om det ikke fremgikk uttrykkelig av konkurransegrunnlaget at det var tilstrekkelig at kvalifikasjonskravet var oppfylt ved kontraktsperiodens start, var det etter nemndas syn naturlig å legge en slik forståelse til grunn.

Klagenemnda var enig med klager i at innklagede ikke kunne legge til grunn at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet utelukkende ut fra de opplysningene som fremgikk av tilbudet. I konkurransen var det imidlertid lagt opp til at oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene først skulle dokumenteres på forespørsel fra innklagede, slik innklagede senere gjorde. Dette er også i tråd med forskriftens ordning, jf. forskriften § 17-1 (5). Det var derfor i samsvar med regelverket at innklagede innhentet skriftlig bekreftelse fra valgte leverandør først i ettertid.

Klager anførte videre at innklagedes avklaring med valgte leverandør var ulovlig.

Valgte leverandør hadde inngitt en bekreftelse fra bussleverandøren om at tilstrekkelig antall busser ville bli levert innen 1. august. Etter dette kontaktet innklagede valgte leverandør og ba om en skriftlig bekreftelse på at bussmateriellet kunne være på plass til datoen for kontraktsoppstart 1. juli. Valgte leverandør sendte da en bekreftelse i tråd med dette.

Klagers begrunnelse for at avklaringen var ulovlig, var først og fremst at den bekræftede leveransedatoen ble endret fra 1. august til 1. juli.

Nemnda var ikke enig i at dette representerte en ulovlig avklaring. Det valgte leverandør skulle dokumentere på forespørsel fra innklagede, var at det var riktig, som opplyst i ESPD-skjemaet, at man ved kontraktperiodens påbegynnelse ville oppfylle kvalifikasjonskravene. Av e-posten fra valgte leverandør fremgikk det også at det nødvendige antall nye busser «befinner seg allerede hos en av Scantias forhandlere i Europa». Nemnda anså det nærliggende at opplysningen om at de nye bussene først ville være klare til bruk én måned etter kontraktperiodens påbegynnelse, var en ren feil, slik innklagede også gjorde. Slik nemnda så det, skapte opplysningene om at materiellet ville være klart 1. august en uklarhet som lovlig kunne avklares i medhold av forskriften § 23-5 (1). Det var ikke snakk om noen etterfølgende forbedring av valgte leverandørs tilbud, som isolert sett var helt klart på at man oppfylte kvalifikasjonskravene i konkurransen.

KOFA konferansen 2019

**KOFA konferansen blir 7. November
så sett av datoen allerede nå.**