



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

### Nye tider for KOFA

Georg Fredrik Rieber-Mohns periode som nemndsleder er over etter seks år som leder og åtte år totalt i KOFA. Han ble erstattet av førstelagmann Sverre Nyhus den 1. juli 2019. KOFA har også fått flere nye nemndsmedlemmer etter at Gro Amdal, Tone Kleven og Jakob Wahls periode gikk ut 30. juni 2019. Disse er advokat Alf Amund Gulsvik, advokat Kjersti Holum Karlstrøm, og sorenskriver Elisabeth Wiik. Lagdommer Bjørn Berg, professor Finn Arnesen, professor Halvard Haukeland Fredriksen, advokat Karin Fløistad, advokat Kristian Jåtog Trygstad og advokat Marianne H. Dragsten fikk forlenget sine verv.

Georg Fredrik Rieber-Mohn har vært en profilert nemndsleder for KOFA i den tiden han har hatt vervet. Han har ledet KOFA med stø hånd og stort engasjement. Hans gode juridiske skjønn og brede erfaring fra Høyesterett og Riksadvokatembetet har kommet KOFA til gode i utallige avgjørelser.

Jeg vil også trekke frem hans engasjement for gebyrmyndigheten for ulovlige direkte anskaffelser hvor han var tydelig på at det var en feil beslutning å fjerne denne myndigheten fra KOFA i 2012. I Årsrapporten for 2015 uttrykte han:

– I de siste tre årene har håndhevelsen ligget nede, og de preventive virkninger uteblitt, skriver klagenemndas leder. Offentlige oppdragsgiveres utstrakte tilslutning til lovforslaget er svært gledelig, og er et tegn på at KOFAs tidligere gebyrmyndighet var et riktig og viktig tiltak for å sanksjonere mot de mest alvorlige bruddene på regelverket.

Rieber- Mohn har i tillegg vært en klok leder og sekretariatet ha hatt stor glede av samarbeidet med ham. Jeg vil gjerne takke ham for den kunnskapen han har videreformidlet, entusiasmen han har vist, og den støtten han har gitt sekretariatet disse årene.

Med Sverre Nyhus får KOFA er verdig etterfølger etter Georg Fredrik Rieber-Mohn. Han har lang og relevant erfaring som vil komme KOFA til gode. Sekretariatet gleder seg til samarbeidet med ham og alle de nye nemndsmedlemmene.

Påmelding til KOFA konferansen er nå åpen og vi gleder oss til å se dere torsdag 7. november.

Vi ønsker alle lesere en riktig god sommer.

Hilsen Anneline Vingsgård

## Inhabil konsulent

I sak 2018/76 hadde innklagede gjennomført en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør for prosjektering, bygging og prøvedrift av skole og flerbrukshall i Bjørnevatn. I konkurransegrunnlaget var konkurransen beskrevet som en pris- og designkonkurranse med samspill.

Klager hadde blant annet anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist, og at det uansett hadde skjedd feil ved evalueringen av løsningsforslaget til valgte leverandør. I kjølvannet av en artikkel som var inntatt i Dagens Næringsliv fremsatte klager også inhabilitetsinnsigelse mot innklagedes innleide konsulent. Av artikkelen fremgikk det at daværende daglige leder og hovedaksjonær hos valgte leverandør hadde vært forloveren til konsulenten da vedkommende giftet seg for første gang i 1981. De to ble kjent i 1979, da de ble kolleger, og jobbet sammen frem til konsulenten flyttet fra Verdal til Trondheim i 1981. I artikkelen fremgikk det videre at konsulenten hadde anslått at de siden den gang hadde møttes 4-5 ganger «i mer tilfeldige møter i sosiale lag». Siden 2011 hadde konsulenten og hans forlover imidlertid hatt «*mye kontakt av profesjonell karakter*».

I habilitetsvurderingen tok klagenemnda utgangspunkt i at en forlover normalt er en person med en helt særlig tilknytning til den vedkommende er forlover for. Nemnda var videre ikke enig med innklagede i at man kunne bedømme forloverrelasjonen og den senere profesjonelle kontakten uavhengig av hverandre. Klagenemnda uttalte i denne anledning at «*Personer med en så nær personlig tilknytning som den som forutsetningsvis eksisterte da B var As forlover, må finne seg i at eventuell etterfølgende profesjonell kontakt underkastes en langt strengere vurdering enn vurderingen av profesjonelle relasjoner mellom to personer uten noen tilsvarende forhistorie*».

Klagenemnda la videre vekt på konkurransemodellen som var brukt i saken, benevnt som en pris- og designkonkurranse med samspill. Dette er en konkurranseform som kjennetegnes av utpregede skjønnsmessige kriterier. I denne sammenheng ble det vektlagt at dette var en modell som etter det opplyste var utviklet av konsulenten, at konsulenten tidligere hadde gitt tips til valgte leverandør om hvordan de kunne hevde seg i slike konkurranser og at konsulenten i foreliggende sak kjente til prisene for vurderingen av de øvrige (skjønnsmessige) tildelingskriteriene.

Klagenemnda la også vekt på at forloverrelasjonen mellom konsulenten og daværende daglige leder og hovedaksjonær hos valgte leverandør verken var gjort kjent internt i innklagedes organisasjon eller for leverandørene som deltok i konkurransen.

Etter en samlet vurdering fant klagenemnda at forholdene i saken, etter en objektiv målestokk, tilsa at allmennheten hadde rimelig og saklig grunn til å tvile på konsulentens upartiskhet. Klagenemnda konkluderte på denne bakgrunn med at konsulenten var inhabil.

## Høyest gjennomsnittlig rabattsats var ikke et ulovlig tildelingskriterium

I sak 2018/27 hadde innklagede gjennomført en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp av hånd-, elektro-, og luftverktøy, inkludert servicearbeid på elektro- og luftverktøy. Anskaffelsen var derfor regulert av forsyningsforskriften.

Konkurransen ble utelukkende avgjort på pris, nærmere bestemt høyest tilbudt gjennomsnittlig totalrabatt. Spørsmålet i saken var hvorvidt dette var et ulovlig tildelingskriterium. Klagenemnda fremhevet at avgjørende var hvorvidt tildelingskriteriet var egnet til å identifisere tilbudet med den laveste prisen, og viste i denne forbindelse til tidligere praksis fra klagenemnda om dette.

Klagenemnda tok utgangspunkt i at det følger av forsyningsforskriften § 14-1 (1) bokstav a at oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakt på grunnlag av hvilket tilbud som har den laveste prisen. Om rettstilstanden bemerket nemnda videre i premiss 25:

«Det nærmere valget av evalueringsmodell ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. En evalueringsmodell vil etter omstendighetene kunne underkjennes som uegnet, men terskelen for dette er høy, jf. klagenemndas sak 2017/114, premiss 48 med videre henvisning til sak 2018/238, premiss 34. En risiko for at den valgte modellen ikke gir oppdragsgiver tilbudet med den laveste prisen, er ikke tilstrekkelig, jf. klagenemndas sak 2017/103, premiss 32 med videre henvisning til sak 2016/71. Temaet for en rettslig kontroll er ikke om fremgangsmåten er optimal, men om den er lovlig, jf. klagenemndas sak 2018/226, premiss 34».

Klagenemnda fremhevet videre at lovligheten av priskriterier knyttet til rabattsatser og påslagsprosent beror på en konkret vurdering. I foreliggende sak la nemnda konkret vekt på at rabattsatsene skulle knyttes opp mot leverandørens reelle utsalgspriser. Nemnda vektla også innklagedes forklaring om at leverandørene i praksis ville ha begrensede muligheter til å sette prisene kunstig høyt, som følge av at markedet var «preget av effektiv konkurranse, at prisnivået er jevnt og at leverandørens priser er transparente». I tillegg bemerket nemnda at «Innklagede er for øvrig ikke forpliktet til å kjøpe alt utstyr hos valgte leverandør, og kan derfor innrette innkjøpene på en måte som er økonomisk gunstig sett hen til de øvrige prisene i markedet».

På denne bakgrunn – etter en konkret vurdering – fant klagenemnda at høyest gjennomsnittlig rabattsats ikke var et ulovlig tildelingskriterium i denne konkurransen.

## KOFA konferansen 2019

Dato 7.november 2019

Påmeldingsfrist 10.oktober 2019

Sted: Scandic Flesland Airport

Invitasjon og påmelding

<https://knse.pameldingssystem.no/kofa-konferansen-2019>

## **Eksempel på en sak hvor konkurransegrunnlaget gav utvetydelig uttrykk for at manglende oppfyllelse av krav ville føre til avvisning**

I sak 2019/223 hadde innklagede gjennomført en konkurranse med forhandling for inngåelse av en rammeavtale for anskaffelse av digitalt pasientvarslingsanlegg, digitale trygghetsalarmer og sensorteknologi til hjemmeboende.

Saken gjaldt hvorvidt innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av manglende oppfyllelse av kravet til at tilbudt lokal HUB måtte ta høyde for utfasing av 3G- og 2G-teknologi.

I konkurransegrunnlaget var det angitt at det skulle tilbys to løsningsalternativer for trygghetsalarm, som begge skulle prises. Som svar på spørsmål gav innklagede likevel tilbakemelding på at innklagede godtok tilbud med samme produkt.

For løsningsalternativ 2 oppgav valgte leverandør at kravet ikke var oppfylt. Det var angitt at «4G alarm er tilbudt i løsningsalternativ 1». Det var dermed klart at produktet tilbudt i løsningsalternativ 2 ikke oppfylte kravet.

Saken er et eksempel på et tilfelle hvor konkurransegrunnlaget gav utvetydig uttrykk for at manglende oppfyllelse av kravet ville føre til avvisning. I slike tilfeller har klagenemnda i en rekke saker konstatert at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud med avvik fra kravet. Det var ikke holdepunkter i konkurransegrunnlaget for at det var adgang til kun å oppfylle kravet for ett av løsningsalternativene. Selv om en avvisning som følge av avvik fra et krav om at de tilbudte løsningene skulle «ta høyde for» utfasing av 2G- og 3G-teknologi kan fremstå strengt, kunne ikke nemnda se at det i denne saken var grunnlag for å gjøre unntak fra at oppdragsgiver må avvise tilbud med avvik fra krav som oppdragsgiver på forhånd har angitt var absolutte.

Klagenemnda nevner også sak 2010/292, som kan sies å representere et unntak fra oppdragsgivers plikt til å avvise tilbud med avvik fra absolutte krav. I den saken tok innklagede høyde for avvikets betydning ved

å benytte prisen for en dyrere maskin. Saken ble imidlertid ikke ansett sammenlignbar med foreliggende sak. En forutsetning for at det kunne vurderes om det var adgang til å akseptere at leverandøren kun tilbød ett løsningsalternativ som oppfylte de absolutte kravene, var at valgte leverandør ikke fikk noen fordel av dette ved evalueringen. Ettersom foreliggende konkurranse ble gjennomført som en konkurranse med forhandling, ville det formentlig også vært mulig å ta opp forholdet med valgte leverandør og bedt dem om kun å tilby det løsningsalternativet som var i tråd med konkurransegrunnlagets absolutte krav.

## **Endring i en avropsavtale – Eksempel på en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse**

Sak 2018/185 gjaldt påstand om ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester. Det var inngått parallelle rammeavtaler for anskaffelse av konsulentbistand i forbindelse med samferdsel, areal- og transportplanlegging, byutvikling, prosessbistand/prosjektledelse og kommunikasjon.

Et av spørsmålene i saken var om det hadde skjedd en vesentlig endring i en avropsavtale mellom innklagede og Citiplan AS. Endringen innebar at konsulentens oppdrag ble utvidet til å omfatte personalansvar, og at konsulentens stillingsbrøk ble økt fra 80 til 100 prosent i en periode på seks måneder. I tillegg ville det gis et påslag på 20 prosent på konsulentens timepris.

Saken gir et eksempel på en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav d. Det følger av bestemmelsen, at endringer i en kontrakt er lovlige dersom endringene «er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse». Dette gjelder bare når anskaffelsen overordnede karakter ikke blir endret, og prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.

Innklagede forklarte at bakgrunnen for endringen av avropsavtalen var at daglig leder i sekretariatet sa opp sin stilling. Nemnda anså dette som en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Innklagede hadde også forklart at det var nødvendig å foreta endringen for å holde fremdrift og kontinuitet i sekretariatsarbeidet. Nemnda kunne ikke se at endringen representerte en endring av anskaffelsens overordnede karakter. Endringen innebar heller ikke en prisøkning som oversteg 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.

Klagenemnda kom derfor til at utvidelsen av avropsavtalen måtte anses som en lovlig endring.

Klager anførte også at en senere inngått avropsavtale ikke kunne hjemles i den kunngjorte rammeavtalen. Anførselen ble begrunnet med at oppgavene som daglig leder ikke var omfattet av rammeavtalen.

Klagenemnda kom til at innholdet i avropsavtalen ikke innebar at det var foretatt «vesentlige endringer i kontraktsvilkårene i rammeavtalen», jf. forskriften § 26-1 (5). Personalansvaret var knyttet til et begrenset antall ansatte, og konsulenten ville få bistand fra Øvre Eiker kommune til å utføre disse arbeidsoppgavene. Slik nemnda forstod tilbudsforespørselen, var det konsulentbistand innen samferdsel som utgjorde hovedtyngden i oppdraget.

# KOFA KONFERANSEN 2019

## Velkommen til årets KOFA-konferanse

For fjortende gang ønsker vi velkommen til årets KOFA-konferanse i Bergen. I år vil Klagenemnda for offentlige anskaffelser sin nye leder, førstelagsmann Sverre Nyhus ønske velkommen. Direktør i Klagenemndssekretariatet Anneline Vingsgård vil være konferansier.

Vi har fått med oss dyktige foredragsholdere som skal lede oss gjennom en rekke spennende tema innen anskaffelsesregelverket.

#### STED:

**Scandic Flesland Airport  
Hotell i Bergen**

#### DATO:

**7. november**

#### REGISTRERING:

**Kl: 08.30**

#### ARRANGEMENTET STARTER:

**Kl: 09.30**

#### ARRANGEMENTET SLUTTER:

**Kl: 16.30**

#### PRIS:

**1300 per person, inkl lunsj**

#### PÅMELDINGSFRIST:

**10. oktober kl 23.00**

#### KONTAKTPERSON:

**betty.teigland@knse.no**

Påmelding er bindende og blir fakturert. Betalt kursavgift vil ikke bli refundert.



LEDER KOFA  
**Sverre Nyhus**



DIREKTØR KNS  
**Anneline Vingsgård**



ADVOKAT OG  
NEMNDSMEDLEM  
**Kristian Jåtog  
Trygstad**  
Gjennomgang  
av utvalgte  
KOFA-saker.



ADVOKAT  
**Inger Roll-Matthiesen**  
Det nasjonale anskaffelsesregelverket, ble det slik forenkling utvalget hadde sett for seg – fem år etter?



ADVOKAT OG  
NEMNDSMEDLEM  
**Karin Fløistad**  
Mulighetene for å reservere offentlige kontrakter for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester.



ADVOKAT OG  
PHD-STIPENDIAT  
**Hallgrim Fagervold**  
De rettslige grensene for det innkjøpsfaglige skjønnet.



ADVOKAT  
**Silje Grimseth Ullebust**  
Kontroll av opplysningene i leverandørens tilbud.



ADVOKAT  
**Harald Alfsen**

Bruk av miljøkrav ved avvikling av gruvedrift på Svalbard.



MANAGER  
**Martin Hagen**