



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Ulovlige direkte anskaffelser og ett gebyr

KOFA har behandlet en rekke komplekse og ressurskrevende saker den siste tiden. To av sakene som dere kan lese om i dette nyhetsbrevet gjelder ulovlige direkte anskaffelser. Den ene endte med gebyr, og den andre endte med brudd på kunngjøringsplikten.

Den første saken gjelder Steigen kommune hvor KOFA ila et gebyr på 800 000 for ulovlig direkte anskaffelse av skytjenester. I hele offentlig sektor pågår det en storstilt omlegging fra «on premise» løsninger til skytjenester, og denne avgjørelsen er viktig for oppdragsgiverne i sin planlegging av anskaffelsesprosessene rundt slike tjenester.

Ulovlige direkte anskaffelser er i strid med regelverkets krav til kunngjøring, som er begrunnet ut fra hensynet til likebehandling og konkurranse. Ulovlige direkte anskaffelser kan foretas på mange ulike måter. Denne saken viser at det kan foreligge en ulovlig direkte anskaffelse selv om man har kunngjort i forkant, dersom den anskaffelsen man skal foreta ikke kan anses inngått på grunnlag av vilkårene i avtalen, eller dersom man foretar et avrop som innebærer en vesentlig endring av rammeavtalen. Flere av gebyrene som KOFA har ilagt gjelder slike avrop. Det er derfor viktig at offentlige oppdragsgivere foretar grundige vurderinger både med hensyn til hvordan rammeavtalen legges opp, men også om rammeavtalen gir grunnlag for å foreta et planlagt avrop.

Den andre saken gjelder Det kongelige hoff, og denne saken har det naturlig nok vært mye oppmerksomhet rundt. KOFA tok stilling til om Det kongelige hoff skulle anses som en offentlig oppdragsgiver og dermed forpliktet til å følge regelverket for offentlige anskaffelser. Saken ble klaget inn av journalist i VG, Eiliv Frich Flydal. KOFA kom til at Det kongelige hoff måtte anses for å være en statlig myndighet og følgelig underlagt anskaffelsesregelverket. Det kongelige hoff hadde dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av malerarbeider. Anskaffelsen var foretatt før loven som gav KOFA tilbake gebyrmyndigheten trådte i kraft, og det var derfor ikke hjemmel til å ilegge gebyr for den ulovlige direkte anskaffelsen.

Det nærmer seg nå KOFA konferansen 2019! Benytt anledningen til å bli litt bedre kjent med KOFAs nye leder, Sverre Nyhus, og bli oppdatert på viktige saker og tema innenfor anskaffelsesregelverket. Nytt på programmet er at vi har fått advokat Alf Amund Gulsvik i Wikborg Rein til å kommentere Høyesteretts dommen i Fosen- Linjen saken. Alf Amund Gulsvik ble nytt nemndsmedlem i KOFA i juli 2019. Se fullt program på siste side her i nyhetsbrevet.

Vel møtt!

Det kongelige hoff var underlagt regelverket om offentlige anskaffelser ved inngåelse av avtale om malertjenester

I sak 2018/165 tok klagenemnda stilling til om oppdragsgiver, Det kongelige hoff, var underlagt regelverket om offentlige anskaffelser ved inngåelse av en avtale om malertjenester.

Det kongelige hoff inngikk avtale om malearbeider i Midtstallen ved Det kongelige slott uten å kunngjøre anskaffelsen på Doffin. Arbeidet gjaldt rehabilitering av Midtstallen ved Det kongelige slott, herunder ombygging fra lager til museum og galleri for allmenheten.

Klagenemnda viste til at det skulle foretas en funksjonsbestemt og formålsrettet tolkning ved vurderingen av om et organ skal anses som en «statlig myndighet». Anskaffelsesdirektivets formål vil ikke oppnås fullt ut hvis et organ som opptrer på det offentliges vegne og utfører offentlige oppgaver faller utenfor direktivet fordi det ikke internrettslig er integrert i statens administrasjon:

«(40) Anskaffelsen vår sak gjelder, er en del av innklagedes ansvar for å sørge for en rasjonell drift og forvaltning av Det kongelige slott og andre statlige kongelige eiendommer, eiendeler og fond. Vedlikehold av statlig eiendom er normalt en oppgave staten forestår selv, og disse oppgavene var tidligere underlagt slottsforvaltningen, som var en del av den alminnelige statsforvaltningen. Fra et EU/EØS-rettslig perspektiv er det klart at staten ikke kan unnta slike oppgaver fra anskaffelsesregelverkets anvendelse gjennom å legge dem til et organ som internrettslig defineres som utenfor den ordinære statsforvaltningen. Etter klagenemndas syn er innklagede dermed en del av «staten», slik begrepet er definert i anskaffelsesdirektivet.»

Etter klagenemndas syn var heller ikke Grunnloven til hinder for at innklagede var underlagt anskaffelsesregelverket.

Klagenemnda kom til at Det kongelige hoff er å anse som en del av staten i anskaffelsesrettslig sammenheng, og at den aktuelle kontrakten skulle ha vært kunngjort. Anskaffelsen var omfattet av det gamle regelverket og det var derfor ikke aktuelt å ilegge gebyr.

Har du husket å melde deg på KOFA konferansen 2019?

Dato 7.november 2019

Utvidet påmeldingsfrist 30.oktober 2019

Sted: Scandic Flesland Airport

Invitasjon og påmelding

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

Ulovlig direkte anskaffelse av skytjenester

I sak 2018/7 tok klagenemnda stilling til om oppdragsgiver, i et avrop på en rammeavtale om IKT-driftstjenester, kunne få tjenestene levert som skyløsning.

Bodø kommune gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr. Anskaffelsen ble gjennomført på vegne av en rekke kommuner i Nordland, herunder Steigen kommune (innklagede).

Den 30. januar 2017 gjorde innklagede avrop på rammeavtalen. Av avropsdokumentene gikk det frem at IKT-tjenestene skulle leveres i form av en skyløsning.

Klagenemnda fant at den løsningen som var beskrevet i rammeavtalen, og som tilbyderne dermed hadde konkurrert på å levere, var en «*on premise-leveranse*»:

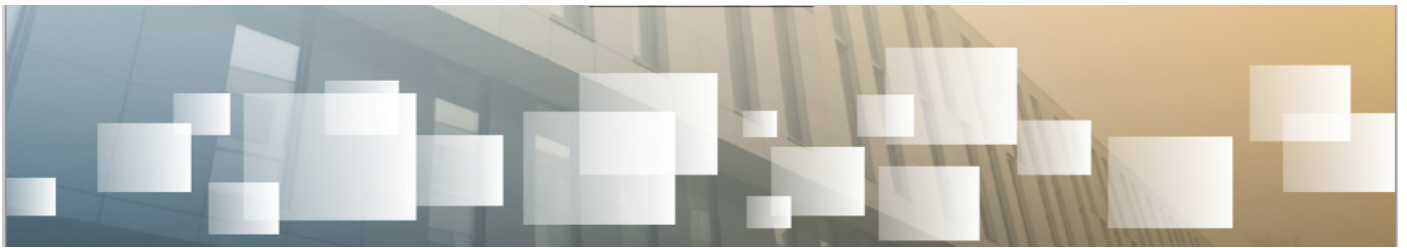
«(57) Anskaffelsesdokumentene la [...] opp til at det var en *on premise-løsning* tilbyderne skulle gi pris på. Det er dermed en *on premise-løsning* tilbyderne har konkurrert om å levere. Dette fremgår for det første av de prisskjemaene som tilbyderne ble bedt om å fylle ut. Skjemaene gjelder ikke etablering av en skyløsning; denne løsningen har tilbyderne altså ikke konkurrert om å levere. I anskaffelsesdokumentene fremgår det videre at kommunen «[...] også i fremtiden [vil] ha sitt eget datarom og leverandør skal tilby drift av dette» og at kommunen «[...] skal eie servere og infrastruktur og lisenser». Hele beskrivelsen i kravspesifikasjonen av «*sentrale utstysrom*» bygger for øvrig på at alt vedlikehold mv. skal skje i kunden/kommunen sine datarom»

Avropet kunne derfor ikke anses inngått på grunnlag av vilkårene i rammeavtalen.

Formuleringer i anskaffelsesdokumentene, om at man i fremtiden «... muligens vil [...] se en blanding av eget datasenter og skytjenester» o.l., kunne ikke endre på dette:

«(58) Når konkurransegrunnlaget, som her, ikke på andre måter er lagt opp med sikte på å oppstille kontraktsvilkår for en skyløsning – som senere avrop kan inngås «*på grunnlag av*» – må det etter nemndas syn være klart at slike generelle uforpliktende utsagn som de innklagede har vist til, om hva kommunen ser for seg kan skje i fremtiden, ikke kan gi lovlig grunnlag for den avropsavtalen som innklagede har inngått.»

Klagenemnda fant videre at avropet heller ikke var lovlig ut fra en betraktning om at det utgjorde en ikke-vesentlig endring av rammeavtalen. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.



Forholdet mellom dokumentasjonskrav og kvalifikasjonskrav

I sak 2018/219 hadde innklagede gjennomført en åpen anbudskonkurranse for bygging av fylkesvei 169 Fjellsrud – Stensrud.

Det springende punktet i saken var hvorvidt valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 24-2(1) bokstav a. Det omtvistede kvalifikasjonskravet gjaldt et krav om å inneha «*et velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen, basert på ISO 9001:2015 eller tilsvarende (...)*» Dokumentasjonskravet stilte krav om å inneha ISO 9001:2015-sertifisering eller tilsvarende sertifisering på deres kvalitetsstyringssystem.

Klagenemnda fremhevet at det avgjørende er hvorvidt leverandøren rent faktisk oppfyller kvalifikasjonskravet. Manglende oppfyllelse av et dokumentasjonskrav utløser i seg selv ingen plikt til å avvise en leverandør, men nemnda fremhevet at kvalifikasjonskravets innhold vil kunne måtte fastlegges i lys av kravene som er satt til dokumentasjon. Nemnda uttalte at det vil kunne «*være en slik sammenheng mellom kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet, at dokumentasjonskravet må forstås slik at det presiserer innholdet i kvalifikasjonskravet*». Det ble imidlertid presisert at det måtte «*utvises varsomhet med å innskjerpe et kvalifikasjonskrav under henvisning til de tilknyttede dokumentasjonskravene*».

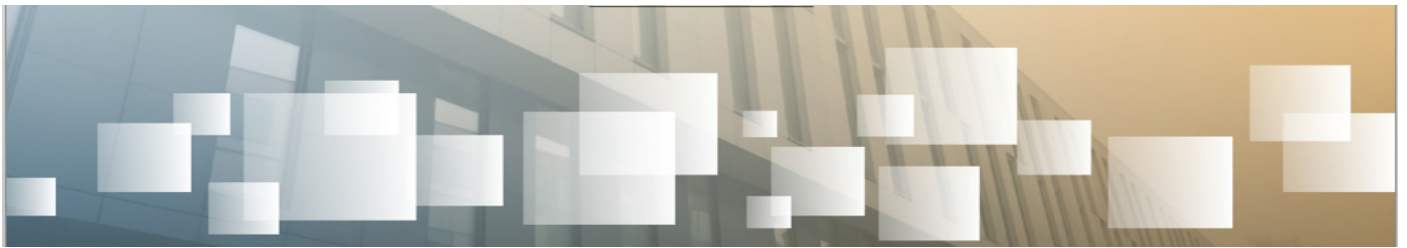
Klager anførte at kvalifikasjonskravet, sett i lys av dokumentasjonskravet stilte et sertifiseringskrav. Denne anførselen førte ikke frem. Klagenemnda uttalte at nemnda var enig med innklagede i at dokumentasjonskravet utvilsomt burde vært bedre tilpasset det kvalifikasjonskravet som var stilt i konkurransen, men nemnda kom til at det ikke var grunnlag for å tolke kvalifikasjonskravet som et sertifiseringskrav.

Det ble også fremhevet at det ved en slik alternativ oppfyllelse av kvalifikasjonskravet må stilles relativt strenge krav til dokumentasjonen. Nemnda kom likevel til at valgte leverandør hadde innlevert tilstrekkelig dokumentasjon til at innklagede kunne legge til grunn at kvalifikasjonskravet var oppfylt.

Visste du at KOFA hittil i år har:

mottatt 114 klager
avgjort 111 klager

<https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/statistikk>



Betydningen av uriktig beregning av anskaffelsens verdi

De forente sakene 2019/354 og 2019/394 gjaldt en åpen anbudskonkurranse om en rammeavtale for kjøp av arbeidsklær, fottøy og personlig verneutstyr.

Et av spørsmålene i saken var om innklagede hadde brutt anskaffelsesforskriften § 5-4 (2) ved beregningen av anskaffelsens verdi. I kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var anskaffelsens totalverdi estimert til 3,9 millioner kroner.

Innklagede hadde basert beregningen av anskaffelsens verdi på deres forrige rammeavtale om kjøp av arbeidsklær, fottøy og personlig verneutstyr, inngått i 2015. Beregningen baserte seg på kjøpene gjort under denne, men da i perioden 1. juli 2017 – 30. juni 2018, multiplisert med fire år. I følge klager tok imidlertid ikke innklagedes anslag høyde for at innklagede etterspurte dyrere produkter enn tidligere, eller markedsutviklingen siden 2015.

Nemnda pekte på at konkurransen var lagt opp slik at tilbyderne skulle oppgi enhetspris på til sammen 78 produkter i prisskjemaet, samt en påslagsprosent som skulle gjelde alle produktene. Det var også oppgitt volumtall, som var angitt å være estimert samlet årlig antall. Basert på disse opplysningene ble det i prisskjemaet automatisk regnet ut et beløp for hele kontraktsperioden. Nemnda gikk ut ifra at de estimerte totalsummene var representative for innklagedes forventede forbruk.

Totalprisen i de innkomne tilbudene varierte fra ca. 7,3 millioner kroner til ca. 9,4 millioner kroner. Nemnda kom på denne bakgrunn til at innklagedes beregning av kontraktens verdi ikke var forsvarlig.

Nemnda mente imidlertid at dette ikke skulle føre til at konkurransen måtte avlyses. Nemnda begrunnet dette blant annet med at konkurransen ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse i både TED og Doffin, i samsvar med reglene i forskriften del III. Det uriktige verdianslaget hadde dermed ikke betydning for hvilken del av regelverket konkurransen var kunngjort etter. Med utgangspunkt i den estimerte verdien på 3,9 millioner, og avstanden opp til tilbudene som ble levert inn, fant klagenemnda heller ikke grunnlag for å mene at det uriktige anslaget kunne ha avholdt leverandører fra å delta i konkurransen.

En av klagerne hadde vist til EU-domstolens avgjørelse i C-216/17 (ASST), der domstolen i avsnitt 61 uttaler at oppdragsgiver «*kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger*». Klageren mente at dette måtte medføre at innklagede i utgangspunktet ikke hadde adgang til å gjøre avrop for mer enn kr 3,9 millioner kroner under rammeavtalen. Klagenemnda tok ikke stilling til dette da det etter nemndas syn uansett ikke kunne utledes av EU-domstolens avgjørelse at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.

- 08:30 – 09:30 Registrering/kaffe
- 09:30 – 09:40 Leder av Klagenemndssekretariatet Anneline Vingsgård.
- 09:40 – 10:00 Nemndsleder Sverre Nyhus.
- 10.00 – 10:40 Advokat og nemndsmedlem Karin Fløistad
- **Mulighetene for å reservere kontrakter for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester.**
- 10:40 – 11:00 Pause
- 11:00 – 12:00 Advokat og nemndsmedlem Kristian Trygstad
- **Gjennomgang av utvalgte KOFA-saker.**
- 12:00 – 13:00 Lunsj
- 13:00 – 13:30 Advokat Silje Grimseth Ullebust
- **Kontroll av opplysningene i leverandørenes tilbud.**
- 13:30 – 14:00 Advokat og nemndsmedlem Alf Amund Gulsvik
- **Høyesteretts avgjørelse i Fosen-Linjen.**
- 14.00 – 14:20 Pause
- 14:20 – 15:00 Advokat Inger Roll-Matthiesen
- **Den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket – ble det slik forenklingsutvalget hadde sett for seg – fem år etter?**
- 15:00 – 15:15 Pause
- 15:15 – 15:40 Advokat Harald Alfsen og manager Martin Hagen
- **Bruk av miljøkrav ved avvikling av gruvedrift på Svalbard.**
- 15:40 – 16:00 Advokat og PHD-stipendiat Hallgrim Fagervold
- **De rettslige grensene for det innkjøpsfaglige skjønn.**
- 16:00 Avslutning