



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Høgdepunkt frå KOFA-året 2019

Det har vore eit bra år for Klagenemnda for offentlege anskaffingar.

Tidleg i 2019 blei det sett i gang eit prosjekt for å få ned høge restansar og lang sakshandsamingstid i nemnda, og ein stor del av ressursane i sekretariatet til klagenemnda har vore prioriterte til dette prosjektet.

Regjeringa har no foreslått å løyve 4 millionar kroner i 2020 for å få ned restansane, slik at prosjektet kan halde fram i 2020. Dersom budsjettet blir vedteke, vil kort sakshandsamingstid i KOFA vere oppnåeleg innan 2020. I januar sette vi oss eit mål om å avgjere 160 saker, og når året er omme, har vi klart å gjere meir enn det. Opp mot 170 saker vil vere ferdige ved slutten av året. Medlemmene i nemnda og dei tilsette i sekretariatet har lagt ned ein stor innsats for å få til dette. Restansane er no reduserte til 105 saker, og berre få saker frå 2018 er enno ikkje handsama.

Tal innkomne saker er elles omtrent det same som i 2018, då KOFA tok imot 140 saker. KOFA har altså ikkje opplevd ein auke i tal klagesaker det siste året.

Samtidig har det vore ein markant auke i innkomne gebyrsaker. Over 30 prosent av dei innkomne sakene er no klassifiserte som klager på ulovleg direkte anskaffing. Som i førre runde med gebyrmyndigheit tok det ei stund før klagen på ulovlege direkte anskaffingar begynte å komme inn til KOFA. KOFA har i 2019 gitt 3 gebyr for ulovlege direkte anskaffingar.

I 2019 har KOFA takka av Georg Fredrik Rieber-Mohn og fått ny leiar av nemnda, førstelagmann Sverre Nyhus. Nemnda har òg fått 4 nye medlemmer som i tida framover skal prege praksisen til KOFA.

KOFA-konferansen blei gjennomført også i 2019 med stor suksess. Mange av nemndmedlemmene bidrog saman med eksterne foredragshaldarar og gjorde konferansen til ein dag med mykje god fagleg input.

Vi ønskjer med dette alle lesarane våre ei riktig god jul og eit godt nytt KOFA-år!

Anneline Vingsgård

Ulovleg direkte anskaffing av brøytetenester

I sak 2018/187 tok klagenemnda stilling til om oppdragsgivar hadde gjort ulovlege direkte anskaffingar av brøytetenester.

Ballangen kommune kunngjorde 11. august 2017 ein konkurranse om ein rammeavtale for brøyting og sandstrøing. Den 14. desember 2017 vedtok kommunestyret å avlyse konkurransen. Grunnen til avlysinga var at kommunen gjorde endringar i kravspesifikasjonen, og at endringane medførte mindre strenge krav til utstyr og bemanning.

Inntil kommunen gjennomførte ein ny konkurranse om desse tenestene, utførte leverandørane som hadde fått kontrakten i samsvar med den avlyste konkurransen, brøyting og sandstrøing. Vederlaget for desse tenestene oversteig EØS-terskelverdien. Kommunen gjorde desse dekningskjøpa av brøytetenester dels fordi det tok tid å få dei opphavlege kontraktane godkjende i kommunestyret, og dels fordi den kunngjorde konkurransen deretter blei avlyst.

Klagenemnda fann at dekningskjøpa ikkje kunne heimlast i forskrifta §§ 13-3 og 13-4, som gir unntak frå kunngjeringsplikta. Ifølgje nemnda var det klart at dekningskjøpa ikkje kunne heimlast i forskrifta § 13-3 første ledd bokstav f, eller nokon av dei andre unntaka i forskrifta del III.

Klagenemnda vurderte også bestemminga i forskrifta § 13-3 første ledd bokstav e, om unntak frå kunngjeringsplikta dersom det er «umulig» å overhalde fristane for ein kunngjord open anbuds konkurranse som «følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse». *Eit ytterlegare vilkår er at «[k]ontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig».* Nemnda konkluderte med at:

«(...) Klagenemnda har vanskelig for å se at unntaksbestemmelsen i § 13-3 første ledd bokstav e er anvendelig i et tilfelle som det foreliggende. Regelverket forutsetter at oppdragsgivere har satt av så lang tid at det er tatt høyde for at konkurransen kan bli avlyst, se i denne retning klagenemndas avgjørelse i sak 2011/209. Det var det ikke satt av tid til her, og prosessen med å avlyse og kunngjøre en ny konkurranse trakk også ut i tid. Unntaket i bokstav e kommer således etter nemndas syn ikke til anvendelse.»

På bakgrunn av dette kom klagenemnda fram til at Ballangen kommune hadde gjort ei ulovleg direkte anskaffing.

I saker der nemnda har konkludert med at det er gjort ulovleg direkte anskaffing, har nemnda i normaltillfelle enda opp med å påleggje eit gebyr på ca. 10 prosent av vederlaget som er betalt. Men i denne saka fann nemnda fleire formildande omstende og enda derfor opp med å påleggje eit gebyr på 5 prosent:

«Avlysningen skjedde fordi innklagede vurderte det slik at lempingen på kravene til materiell og personell, som så vidt nemnda forstår skjedde på initiativ fra leverandørene, ville kunne bli ansett som så betydelige at kontraktsinngåelse ville representere en ulovlig direkte anskaffelse. Videre ville i hvert fall en del av dekningskjøpene gjerne vært lovlige dersom ikke verdien hadde oversteget EØS-terskelverdi, og det er heller ikke tale om en betydelig overskridelse av denne. Brøytetjenestene har også, slik innklagede har forklart, blitt levert i henhold til de betingelser som leverandørene tilbød i den avlyste konkurransen. Det er heller ikke tale om en langvarig periode hvor tjenestene ikke er levert i medhold av kontrakter inngått etter en kunngjord konkurranse.»

Tilvising til bestemte programvarer

Klagenemnda avsa nyleg to avgjersler som gjaldt lovlegheita av tilvising til bestemte programvarer.

Av forskrifta § 15-1 fjerde ledd går det fram at oppdragsgivarar ikkje kan vise til bestemte fabrikat, varemerke eller liknande «*som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*». Ei slik tilvising vil likevel vere tillaten dersom det aktuelle kravet «*er nødvendig ut fra anskaffelsens formål*», jf. bokstav a.

Både i sak 2019/2 og sak 2019/8 var det springande punktet nettopp om den aktuelle tilvisinga til ei bestemt programvare / eit bestemt dataverktøy var nødvendig ut frå formålet med anskaffinga. I begge sakene framheva klagenemnda at lova si målsetjing om effektiv bruk av samfunnets ressursar og det grunnleggjande prinsippet om konkurranse tilseier at terskelen er høg for at ein oppdragsgivar skal kunne bruke unntaksbestemminga.

I sak 2019/8 hadde oppdragsgivar stilt krav om bruk av ei bestemt programvare i to uavhengige konkurransar: ein plan- og designkonkurranse for eit skuleprosjekt og ein konkurranse om kjøp av ingeniør- og arkitekttenester. Ifølgje klagar var ikkje kravet nødvendig, sidan det eksisterte opne filformat som sikra konvertering av data frå andre programvarer.

Klagenemnda framheva at ein i denne saka var nært opptil kjerneområdet i unntaksbestemminga, det vil seie situasjonar der det aktuelle kravet er «*foranlediget av at et produkt som anskaffes skal være kompatibelt med eksisterende utstyr*». I slike situasjonar kan ein normalt ikkje krevje at det eksisterande utstyret skal skiftast ut. Etter ei totalvurdering fann nemnda at den innklaga hadde sannsynleggjort at kravet om bruk av den bestemte programvara var «*nødvendig ut fra anskaffelsens formål*», jf. forskrifta § 15-1 fjerde ledd bokstav a. Nemnda la i denne samanhengen vekt på forklaringa den innklaga gav om ulempene ved bruk av eit ope filformat, mellom anna ein reell risiko for tap av data ved konvertering, samt dei store tids- og kostnadsinnsparingane det gir å bruke den same programvara som den innklaga har i dag.

Resultatet blei det motsette i sak 2019/2. I denne saka hadde oppdragsgivar stilt krav om erfaring med eit dataverktøy som oppdragsgivaren tidlegare hadde skaffa seg. Klagenemnda uttalte innleiingsvis at det er «*oppdragsgiver som må vise at nødvendighetskriteriet er oppfylt*» (premiss 39). Det hadde ikkje den innklaga gjort, meinte nemnda. I motsetning til det som var tilfellet i sak 2019/8, var ikkje den innklaga i ein situasjon med fare for å måtte skifte ut eksisterande system eller innretningar. Argumentasjonen til den innklaga handla hovudsakleg om det nødvendige ved å stille krav om bruk av det aktuelle dataverktøyet, noko som ikkje underbygde at det var nødvendig å stille krav om at leverandøren hadde erfaring med å bruke det aktuelle dataverktøyet:

«*Slik klagenemnda forstår innklagedes argumentasjon, er dette først og fremst snakk om omstendigheter som tilsier at det var lovlig å stille krav om bruk av DEx Toolkit. At det nok var adgang å stille krav til bruk av det dataverktøyet som innklagede tidligere hadde anskaffet, er ikke ensbetydende med at det var nødvendig å stille krav om erfaring med bruk av dette verktøyet i den anskaffelsen av konsulenttenester som denne saken gjelder. Et krav om erfaring med DEx Toolkit kan etter nemndas syn ikke anses nødvendig alene av den grunn at innklagede sikrer seg en noe kortere innkjøringsfase før verktøyet kan brukes på en mest mulig optimal måte*» (premiss 44).

På bakgrunn av dette konkluderte nemnda med at den innklaga ikkje hadde «godtgjort at DEx Toolkit er et så krevende og komplekst verktøy at konsulenter med generell kompetanse innen systemteknikk, men uten spesifikk erfaring med dette verktøyet, ikke vil kunne lære seg å bruke det innen rimelig tid» (premiss 47).

Ikkje brot på regelverket i regjeringskvartal-saka

I sak 2018/158, som gjaldt ein plan- og designkonkurranse for prosjektering av det nye regjeringskvartalet, tok klagenemnda stilling til klagaren sine påstandar om blant anna rådgivarhabilitet.

Plan- og designkonkurransen blei kunngjort 27. juni 2016. Før dette gjennomførte den innklaga fleire prosessar, mellom anna eit arbeid med å vedta ein reguleringsplan for området. I denne prosessen deltok blant andre selskapet Nordic Office of Architecture.

I samband med reguleringsplanarbeidet blei det gjennomført to workshopar. På desse workshopane deltok to personar frå Nordic Office of Architecture. På workshopane deltok også tre personar frå den innklaga. I plan- og designkonkurransen som etter kvart blei kunngjort, fungerte to av desse personane som høvesvis juryleiar og jurymedlem. Den siste personen leia arbeidet med å evaluere tilboda.

I plan- og designkonkurransen deltok blant andre Team Urbis, der Nordic Office of Architecture inngjekk som medlem. Team Urbis' løysingsforslag, Adapt, blei seinare kåra til vinnar av juryen. På andreplass kom løysingsforslaget Lysning frå Team G8+. Etter avslutta forhandlingar og evaluering av desse to løysingsforslaga blei det inngått kontrakt med Team Urbis.

Ifølgje klagaren hadde den innklaga brote bestemmingane om rådgivarhabilitet, sjølvstende og anonymitet i anskaffingsforskrifta, og bestemmingane om oppdragsgivarhabilitet i forvaltningslova. Sentralt for påstandane til klagaren var det nemnde samarbeidet mellom representantar frå Nordic Office of Architecture og den innklaga i reguleringsplanprosessen, mellom anna dei to workshopane som blei gjennomførte.

Klagenemnda kom til at det ikkje var grunnlag for å konstatere at Nordic Office of Architecture hadde hatt ei rolle ved tilrettelegginga av konkurransegrunnlaget som gav den valde leverandøren eit klart konkurransefortrinn:

«(69) Det er på denne bakgrunn ikke holdepunkter for at Nordic Office of Architecture, i løpet av reguleringsplanprosessen, mottok noen informasjon av vesentlig betydning for plan- og designkonkurransen, som ikke senere ble gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne.

(70) Som innklagede har påpekt, ble det videre satt av tilbørlig tid til utforming av tilbudene. En eventuell tidsmessig fordel på bakgrunn av forutgående kjennskap til reguleringsplanen, vil derfor uansett være utjevnet.»

Klagaren sine påstandar om brot på reglane om rådgivarhabilitet førte dermed ikkje fram. Dei andre påstandane frå klagaren om brot på regelverket førte heller ikkje fram.