



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Utfordrende tider for offentlige oppdragsgivere og leverandører

Klagenemndssekretariatet har forståelse for at det i koronasituasjonen er utfordrende tider for både offentlige oppdragsgivere og leverandører. Det oppstår vanskelige avveininger for innkjøpere som håndterer pågående anskaffelsesprosesser, og det er samtidig stor usikkerhet for leverandører i tiden fremover. Det kan oppstå situasjoner hvor det haster å få foretatt en anskaffelse eller hvor det er nødvendig å endre kontrakten. På www.klagenemndssekretariatet.no, under «Klagenemnda for offentlige anskaffelser – KOFA», kan du finne saker hvor KOFA har avgjort saker opp mot de unntakene som er aktuelle, og dere kan som oppdragsgiver vurdere om det er mulig å bruke disse bestemmelsene for å ivareta behov som er utløst av koronasmitten.

Klagenemndssekretariatet har gjennomført tiltak for partene i sakene for å lette på prosessfristene i sakene, se under.

Klagenemndssekretariatet har for tiden full drift. KOFA har hatt svært god produksjon første kvartal med totalt sett 46 avgjorte saker, herunder fire avgjorte gebyrsaker som du kan lese mer om i dette nyhetsbrevet.

Det har kommet inn 35 saker første kvartal og en tredjedel av dem er registrert som ulovlige direkte anskaffelser. Dette betyr at vi prosentvis mottar like mange ulovlige direkte anskaffelser i forhold til antall innkomne saker som KOFA hadde ved forrige periode med gebyrmyndighet. Antall innkomne ulovlig direkte anskaffelser, er imidlertid foreløpig ikke på langt nær så høyt som i 2010 hvor det kom inn 111 gebyrsaker på ett år.

Det positive er at KOFA avslutter flere saker enn det kommer inn, og det vil føre til at restansene på sikt vil bli redusert. Snart begynner tre nye saksbehandlere som utelukkende skal jobbe med KOFA saker, og vi vil da få en enda større produksjon som vil bidra til å redusere restansene ytterligere.

Klagenemndssekretariatet ønsker våre lesere lykke til i en tid med krevende anskaffelsesrettslige utfordringer.

Klagenemndssekretariatets funksjoner i vanlig drift

De fleste ansatte er nå på hjemmekontor, men nemndsmøter og andre møter blir gjennomført via telefonkonferanse. Det er ennå for tidlig å si om saksbehandlingstiden vil bli lenger på grunn av den situasjonen vi er i som følge av koronaviruset. Foreløpig kan man legge til grunn saksbehandlingstiden ikke blir lenger, men dette kan endre seg dersom denne situasjonen blir langvarig.

Klagenemndssekretariatet har stor forståelse for at det i tiden fremover vil være behov for lengre frister for å komme med tilsvare og kommentarer i saker for KOFA. Dersom det er behov for fristutsettelse i åpne saker, kan dere kontakte oss på e-post.

For nye innkomne saker, vil vi på generelt grunnlag utvide **tilsvarsfristen fra 10 til 20 virkedager**, i første omgang frem til 14. april 2020.

Saker om uklart konkurransegrunnlag

Klagenemndssekretariatet publiserte 20. februar 2020 en nyhetssak om uklart konkurransegrunnlag, tilgjengelig [her](#).

Klagenemnda har i en rekke avgjørelser uttalt at konkurransegrunnlaget skal utformes på en klar og utvetydig måte, slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå det på samme måte. At konkurransegrunnlaget ikke oppfyller dette klarhetskravet, er en vanlig anførsel i saker som bringes inn for Kofa. I nyhetssaken på nettsiden omtales fire nye avgjørelser, hvor klagenemnda uttaler seg om hvilke konkrete krav regelverket stiller til utformingen av konkurransegrunnlaget.

Etter at nyhetssaken om uklart konkurransegrunnlag ble publisert, har dette også vært tema for tre etterfølgende Kofa-saker.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2019/743 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om leveranse av kolonialvarer. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved at tildelingskriteriet «Kvalitet» var uklart. Tildelingskriteriet var utformet på samme måte i sak 2020/207, hvor nemnda kom til samme resultat.

Klager viste til at det ikke var oppgitt i konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver ville vurdere kvaliteten på varene ved innhenting av vareprøver. Klager fremholdt også at innklagede hadde vektlagt en rekke momenter som delvis ikke hadde noe med varenes objektive kvalitet å gjøre, og som ikke var opplyst i konkurransegrunnlaget, slik som blant annet smak, lukt, utseende og konsistens.

Det var ikke angitt i konkurransegrunnlaget hvilke egenskaper som ville bli evaluert under tildelingskriteriet «Kvalitet». Det var heller ikke oppstilt konkrete dokumentasjonskrav knyttet til tildelingskriteriet, annet enn: «*Oppdragsgivers kvalitetsvurdering av produktene*».

Kravspesifikasjonen inneholdt en definisjon av hva innklagede mente med kvalitet, hvor det var angitt at innklagede ville vurdere kvaliteten på råvarene ut i fra spørsmålet: «*Hvor stolt vil jeg være av maten jeg produserer med denne råvaren.*» Leverandørene skulle bekrefte at dette punktet i kravspesifikasjonen ville oppfylles, og gi en beskrivelse. Klagers tilbud bekreftet at man så for seg at kvalitetskriteriet skulle bedømmes ut fra denne beskrivelsen.

Nemnda var ikke enig med innklagede i at det forutsetningsvis, og i mangel av spesifikke dokumentasjonskrav, måtte fremstått klart for leverandørene at evalueringen ville skje basert på innhentede vareprøver. Selv om leverandørene i etterkant leverte de etterspurte vareprøvene, endret ikke dette at beskrivelsen i kravspesifikasjonen ikke synliggjorde hvilke egenskaper som ville være relevante ved bedømmelsen under tildelingskriteriet.

Klagenemnda viste til at det ikke nødvendigvis er samsvar mellom hvilke matvarer som scorer best på parametere som smak, lukt og konsistens mv., og parametere som næringsinnhold og råvarer. Ettersom vareprøvene ikke var nevnt i konkurransegrunnlaget, ble det heller ikke sagt noe om det innbyrdes forholdet mellom de prøvene innklagede foretok og leverandørens egenbeskrivelse av kvaliteten på varene. For klagenemnda så det ut som om klagers egenbeskrivelse av hvorfor man mente innklagede kunne være stolt av å produsere mat med klagers tilbudte produkter, ikke var tillagt noen som helst vekt i vurderingen av kvalitetskriteriet.

En annen sak hvor klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget var uklart, er sak 2019/296. Saken gjaldt en anskaffelse av gardiner/tekstiler. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget var uklart når det gjaldt hvilke krav som måtte være oppfylt, og hvilke forhold som ville inngå i bedømmelsen av tildelingskriteriet «Kvalitet».

Innklagede hadde i tildelingsevalueringen gitt klager trekk for ikke å ha vært like konkret som valgte leverandør i sin beskrivelse av fargen og materialet på produktene. Den poengmessige differansen mellom klager og valgte leverandørs tilbud var størst ved evalueringen av «Estetikk/utforming/design».

Klager heftet seg ved at det ikke fremgikk klart av konkurransegrunnlaget at de ville få trekk dersom andre farger enn den etterspurte fargen ikke ble beskrevet nærmere.

I kravspesifikasjonen var det angitt konkret hvilke farger produktene skulle ha, og i hvilke fargekombinasjoner dersom produktet skulle tilbys med mønster. Samtidig ble det også bedt om assorterte farger eller nyanser av den angitte fargen. Imidlertid var det angitt at det var én «beskrevet farge» i hver kategori som ville bli lagt til grunn for evalueringen. Dersom det legges til grunn at leverandørens utvalg av farger skulle inngå i evalueringen under momentet «Estetikk/utforming/design», fremgikk ikke dette tilstrekkelig klart av kravspesifikasjonen.

Klagenemnda kom på denne bakgrunn til at konkurransegrunnlaget var uklart. Nærmere bestemt manglet det en klargjøring av hvilken meroppfyllelse utover innfrielse av kravene i kravspesifikasjonen, som ville gi uttelling ved bedømmelsen av «Estetikk/utforming/design».

Sak 2018/157 i EFTA-domstolen

Den 18. oktober 2019 sendte klagenemnda følgende spørsmål til EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse:

«Kommer Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp til anvendelse på anskaffelser foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland (utenfor EØS)?»

Skriftlige innlegg i saken ble mottatt fra Scanteam AS (klager), Norge, Frankrike, Østerrike, ESA og EU-kommisjonen.

Den muntlige høringen i saken ble avholdt 11. mars 2020 i Abbaye de Neumünster i Luxemburg. I tillegg til de ovennevnte aktørene, skrev også Spania seg på talerlisten. Sistnevnte mener, i likhet med Norge og Frankrike, at direktivet ikke gjelder for en EFTA-stats utenriksstasjoner i et tredjeland (utenfor EØS).

Staten v/Utenriksdepartementet, representert av Helge Røstum hos Regjeringsadvokaten, hevder i tillegg at Kofa ikke er foreleggelsesberettiget etter ODA artikkel 34. Regjeringsadvokatens argumentasjon om dette hviler blant annet på EU-domstolens sak C-274/14 (Banco de Santander SA).

De øvrige aktørene argumenterer for at Kofa er foreleggelsesberettiget, og at direktivet gjelder for utenriksstasjoner utenfor EØS-området. Det avgjørende er ifølge klager, Østerrike, ESA og EU-kommisjonen, hvem som gjennomfører anskaffelsen, ikke hvor den gjennomføres.

Avhengig av hvilket svar klagenemnda får, må myndighetene i flere EU- og EØS-land potensielt endre på måten anskaffelser gjennomføres ved landenes respektive utenriksstasjoner.

KOFA konferansen 2020

Kofa konferansens program er klart og konferansen er planlagt gjennomført den 29. oktober 2020. På grunn av koronavirus situasjonen avventer vi utsendelse av program, og kommer tilbake til dette og nærmere info om påmelding når forholdene er mer avklart.

Gebysaker

I første kvartal av 2020, har klagenemnda ilagt fire gebyrer for ulovlige direkte anskaffelser.

Ulovlig direkte anskaffelse av bygningsmessige og tekniske arbeider

I sak 2018/126 ila klagenemnda et gebyr på 570 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av bygningsmessige og tekniske arbeider for rehabilitering av Åsnes kirke.

Klagenemnda konstaterte at kontraktsinngåelsen med valgte leverandør representerte en ulovlig direkte anskaffelse på to grunnlag.

Det første grunnlaget, var at kontrakten ble inngått i medhold av en konkurranse som var avlyst. I saken ble det først kunngjort en konkurranse, som senere ble avlyst. Deretter ble det kunngjort en ny konkurranse. Denne konkurransen ble imidlertid også avlyst. Avlysningen av den første konkurransen ble samtidig omgjort og kontrakt ble inngått basert på denne konkurransen.

Klagenemnda kom til at innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen, fordi konkurransegrunnlaget ikke var tilstrekkelig klart. Nemnda kom dermed til at kontraktsinngåelsen var en ulovlig direkte anskaffelse, fordi innklagedes kontraktsinngåelse ikke kunne hjemles i den første kunngjøringen. Det avgjørende var at resultatet i den andre konkurransen kunne blitt et annet.

Det andre grunnlaget for ulovlig direkte anskaffelse, var at kontraktsinngåelsen skjedde så lenge etter vedståelsesfristens utløp, at tidsforløpet førte til «*en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud*», jf. forskriften § 8-15 (3). Kontrakt ble inngått 14. mars 2018, nærmere fem måneder etter vedståelsesfristens utløp. Klagenemnda la til grunn at kretsen av tilbydere ville vært en annen, eller de avgitte tilbud ville hatt et annet innhold, dersom den «nye» vedståelsesfristen og det nye oppstartstidspunktet hadde vært kjent.

Innklagedes valg om å avlyse den andre konkurransen, og tildele kontrakten etter den opprinnelige konkurransen, skjedde etter at innklagede hadde innhentet ekstern juridisk bistand. Klagenemnda fant det derfor klart at innklagede ikke hadde hatt til hensikt å omgå regelverket. Det var etter nemndas syn ikke grunnlag for å karakterisere innklagedes opptreden som grovt uaktsom.

Klagenemnda fant at gebyret passende kunne settes til 7 prosent.

Ulovlig direkte anskaffelse av maskinarbeider

I sak 2019/61 ila klagenemnda et gebyr på 1 590 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av maskinentreprenørtjenester.

Innklagede hadde gjennomført en konkurranse i 2015, for inngåelse av parallelle rammeavtaler om kjøp av entreprenørtjenester. Rammeavtalen for maskinentreprenørtjenester hadde en kunngjort verdi på 1.500.000 kroner. Allerede i januar 2017 hadde innklagede gjort avrop som oversteg dette beløpet. I perioden 24. januar 2017 til 16. oktober 2018, gjorde innklagede avrop på rammeavtalen på til sammen totalt 15.910.724 kroner ekskl. mva.

Klagenemnda kom til at rammeavtalen for maskinentreprenørtjenester var vesentlig endret da differansen mellom det estimerte beløpet angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, og det beløp som det faktisk var kjøpt tjenester for, var betydelig. At innklagede hadde valgt å kunngjøre anskaffelsen etter forskriften del III i TED-databasen, endret ikke på dette.

Den betydelige beløpsmessige utvidelsen av rammeavtalen sammenlignet med estimert verdi medførte at klagenemnda ikke fant det nødvendig å uttale seg om den nærmere rekkevidden av EU-domstolens uttalelse i C-216/17 ASST.

Det var etter klagenemndas syn en formildende omstendighet at anskaffelsen i utgangspunktet hadde vært konkurranseutsatt, og at avropene var innenfor rammeavtalens tidsmessige og saklige virkeområde. Rammeavtalens omfang var imidlertid overskredet i en så betydelig grad at det ikke var tvilsomt at tjenesten skulle ha vært kunngjort.

Klagenemnda fant at gebyret passende kunne settes til 10 prosent.

Ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester

I sak 2019/102 tok klagenemnda stilling til om innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester.

Bakgrunnen for klagen var at innklagede i en årrekke hadde kjøpt tolketjenester uten å kunngjøre konkurranse for disse anskaffelsene.

Dersom innklagedes kjøp av tolketjenester var «*liknende kontrakter*» som innklagede inngikk «*regelmessig*» jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 (9), skulle anskaffelsens verdi beregnes på grunnlag av de samlede kjøpene.

Det var ikke tvilsomt at kontraktene om kjøp av tolketjenester var inngått «*regelmessig*». Basert på dokumentasjonen fremlagt for nemnda hadde behovet for tolketjenester vært stabilt de siste årene, og innklagede hadde jevnlig og over tid foretatt et stort antall kjøp.

Når det gjaldt spørsmålet om kjøpene av tolketjenester var «liknende», uttalte nemnda først at:

«(27) Tolketjenester går ut på å oversette en ytring fra et språk til et annet, på det tidspunktet ytringen blir gjort. Slik klagenemnda ser det, er den mest fremtredende forskjellen mellom slike oppdrag at de gjelder forskjellige språk, men det kan også være andre variasjoner.»

Innklagede anførte blant annet at kjøpene ikke var liknende, og viste til variasjoner i tolkeoppdragene, som også ble fremhevet av nemnda:

«(29) Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet anført at tolkeoppdragene skiller seg fra hverandre. Det anføres blant annet at behovet for tolketjenester oppstår i svært ulike situasjoner. Tolkeoppdragene utføres eksempelvis både i forbindelse med ulykker, etterforskning av kriminalsaker og saker hvor personer med personlighetsforstyrrelser er involvert. Innklagede har også påpekt at det benyttes forskjellige tolkemetoder; herunder fremmøtetolk, skjermtolk og telefontolk. Ifølge innklagede er det derfor ikke tilstrekkelig at tolken kan språket; vedkommende må også være i stand til å gjennomføre oppdrag i flere forskjellige –og til tider krevende – situasjoner.»

Nemnda påpekte at den klart største andelen av innklagedes kjøp av tolketjenester var gjort fra den samme leverandøren. At én leverandør kunne møte innklagedes ulike behov for tolketjenester, indikerte etter nemndas syn at forskjellene ikke var større enn at de ulike behovene også kan møtes av andre leverandører.

Et søk på Doffin ga også en rekke eksempler på oppdragsgivere som har kunngjort anskaffelser av tolketjenester, der forskjellige leverandører hadde vunnet konkurransene. Det fantes dermed et leverandørmarked som leverte et spekter av tolketjenester, og som ville ha interesse av å få muligheten til å by på kontraktene, slik regelen om å se kontrakter i sammenheng legger opp til.

Selv om det var visse forskjeller mellom tolkeoppdragene, kunne ikke nemnda se at disse endret tolkeoppdragenes karakter av å være «liknende» kontrakter i henhold til forskriften § 5-4 (9). Dermed skulle anskaffelsens verdi beregnes på grunnlag av de samlede kjøpene. Anskaffelsens verdi oversteg både nasjonal og EØS-terskelverdi, og skulle derfor ha vært kunngjort både nasjonalt og i EØS-området.

Nemnda konkluderte med at det skulle ilegges et gebyr på 13 prosent, som utgjorde ca. 847 000 kroner av anskaffelsens samlede verdi. Som skjerpende omstendigheter vektla nemnda at de ulovlige direkte anskaffelsene hadde pågått i en årrekke uten kunngjøring, og at behovet for kunngjøring lenge hadde vært kjent uten at innklagede gjorde noe med det.

Ulovlig direkte anskaffelse av renoveringsarbeider

I sak 2019/200 tok klagenemnda stilling til om oppdragsgiver hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av renoveringsarbeider.

Årdal kommune inngikk 25. mars 2019 avtale om renovering av renseanlegget til friluftsbadet på Årdalstangen. Kontraktssummen var på 2.002.000 kroner ekskl. mva. Før kontraktssinngåelsen, estimerte innklagede at anskaffelsen hadde en samlet verdi på 1.000.000 kroner ekskl. mva. Anskaffelsen ble derfor gjennomført uten en kunngjort konkurranse.

Spørsmålet var om innklagede hadde foretatt en «forsvarlig» beregning av anskaffelsens verdi, jf. forskriften § 5-4 (2). Nemnda presiserte at det i dette ligger at «[...] oppdragsgiver plikter å foreta en grundig og solid verdiberegning, som er lojal mot anskaffelsesregelverket og basert på et forsvarlig grunnlag». Fordi innklagedes estimat lå relativt tett opp til den kunngjøringspliktige terskelverdien, mente nemnda at:

«(27) [det] stilles [...] strengere krav til beregningsgrunnlaget, slik det blant annet er lagt til grunn i Hålogalands lagmannsretts avgjørelse av 11. mars 2018 i sak LH-2018-99424 med videre henvisning.»

Innklagedes estimat var basert på et prisoverslag som innklagede mottok 15 måneder før anskaffelsen ble gjennomført. Prisoverslaget ble ikke kvalitetssikret før anskaffelsesprosessen ble innledet. Innklagede hadde heller ikke fremlagt noen opplysninger som tilsa at innklagede hadde foretatt noen egen markedsundersøkelse, usikkerhetsanalyse eller lignende. Slik klagenemnda forsto prisoverslaget var det for øvrig basert på en noe annen leveranse enn den innklagede senere ba om tilbud på.

Klagenemnda fant at innklagede med dette ikke hadde foretatt en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi på det tidspunktet anskaffelsesprosessen ble innledet, og at kontrakten skulle ha vært kunngjort i henhold til forskriften del II.

På denne bakgrunn kom klagenemnda til at Årdal kommune hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

I denne saken konkluderte nemnda med at innklagede hadde handlet på en måte som kunne karakteriseres som grovt uaktsom, slik at overtredelsesgebyr skulle ilegges, jf. anskaffelsesloven § 12 (1):

«(37) Innklagede inngikk en kontrakt om renovering av renseanlegg som overstiger nasjonal terskelverdi, uten at kontrakten ble kunngjort, og uten at det ble gjort en forsvarlig vurdering av kontraktens estimerte verdi. Dette i en situasjon hvor det som nevnt forelå omstendigheter som ga innklagede en særlig foranledning til å vurdere holdbarheten av den verdivurderingen som ble gjort. Det er ikke vist til forhold som kan unnta kjøpet fra kunngjøringsplikt.»

Klagenemnda fant at gebyret passende kunne settes til 10 prosent, som utgjorde 200.000 kroner.