



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

God sommar frå Klagenemndssekreariatet

Klagenemndssekreariatet og KOFA har hatt god produksjon i andre kvartal av 2020, sjølv om det har vore ei utfordrande tid på grunn av covid-19. Bruk av Microsoft Teams ved gjennomføring av alle møte i nemnda har ført til få problem med å få avgjort saker på ein tilfredsstillande måte.

Det har komme inn 44 saker i andre kvartal, og 28 av desse er registrerte som saker om ulovleg direkte anskaffing. Dette kvartalet har KOFA avgjort fleire saker med påstand om ulovleg direkte anskaffing der klagenemnda har komme til at det ikkje ligg føre brot på regelverket. De kan lese meir om nokre av desse sakene i dette nyhetsbrevet.

I gebyrvedtak 2019/102 og 2019/295 har klagenemnda pålagt politiet gebyr for ulovleg direkte anskaffing av tolketenester. Desse to vedtaka er no bringa inn for retten, og hovudforhandlinga skal finne stad i slutten av oktober 2020.

Klagenemndssekreariatet har bestemt at årets KOFA-konferanse skal gjennomførast som webinar, sidan det er så usikkert om vi kan arrangere ein fysisk konferanse til hausten. Presentasjon av årets foredragshaldarar finn de i dette nyhetsbrevet. Vi vil komme med nærmare informasjon om påmelding til hausten.

Klagenemndssekreariatet ønskjer alle lesarane våre ein riktig god sommar!



Endring av konkurransegrunnlaget kan utgjere ei ulovleg direkte anskaffing

I sak 2018/521 hadde den innklaga gjennomført ein open anbodskonkurranse om anskaffing av totalentreprise for «*total renovering/nybygg for et nytt Familiens hus*» på Osterøy.

Klagar hevda at den innklaga hadde gjort vesentlege endringar i konkurransegrunnlaget, og at ein då hadde å gjere med ei ulovleg direkte anskaffing. Dette fordi kontrakten, med dei aktuelle endringane, ikkje lenger kunne reknast som dekt av kunngjeringa. Ifølgje klagaren var endringa av ein slik karakter at ho hadde påverka potensielle leverandørar sitt ønske om eller høve til å delta i konkurransen.

I kunngjeringa stod det at arbeidet ville innebere «*total renovering/nybygg*». Sett i lys av konkurransedokumenta meinte klagenemnda at det ikkje var mogeleg å rive heile bygningsmassen og dermed levere eit komplett nytt bygg. Etter nemnda sitt syn opna altså ikkje konkurransegrunnlaget for at leverandørane kunne velje om det skulle gjennomførast ei «*total renovering*» av det eksisterande bygget, eller om det skulle leverast eit «*nybygg*». Nemninga «*nybygg*» måtte etter nemnda sitt syn forståast som ei tilvising til at visse delar av bygget ville vere nye.

Det følgjer av forskrifta § 8-4 fjerde ledd at oppdragsgivar «kan [...] foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige». Klagenemnda gjorde merksam på følgjande i premiss 35:

«*Hva som utgjør en vesentlig endring, beror på en konkret vurdering. Klagenemnda har i en rekke saker som gjelder forskriften (2006) § 8-2, uttalt at oppdragsgiver ikke kan gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, jf. eksempelvis sak 2014/63, premiss 33. Dersom oppdragsgiver gjør slike endringer i konkurransegrunnlaget, og feilen ikke kan rettes på en annen måte, må konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt, se også til sammenligning sakene 2013/125, premiss 33 og 2008/63, premiss 47-50. Oppdragsgivers kontraktsinngåelse vil under slike omstendigheter kunne utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/127, premiss 42 med videre henvisninger. Årsaken til dette er at anskaffelsen i slike tilfeller ikke lenger dekkes av kunngjøringen. Hensynet til leverandørene som har valgt ikke å delta i konkurransen, vil være relevant «uavhengig av på hvilket tidspunkt i anskaffelsesprosessen endringen blir gjort», jf. NOU 2014: 4 på side 178-179, jf. også avsnitt 81 i fortalen til direktiv 2014/24 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-250/07 Kommisjonen mot Hellas, avsnitt 52. På bakgrunn av resultatet i saken, finner klagenemnda imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.»*

Klagenemnda kom til at den innklaga hadde endra konkurransegrunnlaget då dei i brev til leverandørane gjorde det klart at ein kunne tilby eit komplett nytt bygg. Men slik saka var opplyst, var det ikkje grunnlag for å konkludere med at endringa kunne ha påverka deltakarinteressa. Klagaren sin påstand om at den innklaga hadde gjennomført ei ulovleg direkte anskaffing, førté på bakgrunn av dette ikkje fram.

Manglande stadfesting på innsendt tilbod i Mercell – kan tilbodet reknast som levert?

Klagenemnda behandla i sak 2020/214 spørsmålet om eit tilbod kunne reknast som levert når det ikkje blei stadfesta at det innsende tilbodet framleis gjaldt, etter at det blei gjort endringar i konkurransegrunnlaget. Den manglande stadfestinga av tilbodet førte til at tilbodet ikkje blei registrert i Mercell ved utløpet av tilbodsfristen.

Problemstillinga blei sett på spissen i ei sak om tenestekonsesjonskontraktar for levering av brukarstyrt personleg assistanse (BPA). Søknaden om konsesjon skulle leverast gjennom det elektroniske konkurransegjennomføringsverktøyet Mercell, og klagar sende inn sitt tilbod i god tid før tilbodsfristen gjekk ut.

Men etter at klagaren sende inn tilboden sitt, gjorde den innklaga nokre endringar i konkurransegrunnlaget. Tilbydarane blei informerte om endringa via ei systemgenerert melding i Mercell. I meldinga stod det at «*hvis du allerede har levert inn et tilbud, må du bekrefte tilbudet på nytt*».

Endringa var av underordna betydning, og klagaren meinte at endringa ikkje hadde innverknad på tilboden deira. Klagaren stadfesta derfor ikkje tilboden på nytt.

Ved utløpet av tilbodsfristen låg det derfor ikkje føre eit tilbod frå klagar i Mercell. Klagaren oppfatta det slik at den innklaga hadde sletta tilboden frå klagaren. Men den innklaga forklarte at den tekniske funksjonaliteten i Mercell kravde at innsende tilbod måtte stadfestast på nytt, og at dei elles ikkje ville bli tilgjengelege for den innklaga.

Klaga blei bringa inn for klagenemnda som ei prioritert sak, med påstand om at den innklaga hadde brote regelverket for offentlege anskaffingar ved å ikkje rekne tilboden frå klagaren som innkomme.

Den innklaga forklarte at konkurransedokumenta er dynamiske dokument som blir oppdaterte dersom det blir gjort endringar undervegs i konkurransen. Denne funksjonaliteten krev at tilbydarane stadfestar allereie innsende tilbod, slik at oppdragsgivars veit at tilbydarane har fått med seg endringa og teke stilling til om endringa påverkar tilboden som ligg føre. Den innklaga forte bevis for at klagar hadde lese endringsmeldinga, der det gjekk fram at tilboden måtte stadfestast på nytt.

Klagenemnda kom til at tilboden ikkje kunne reknast som levert, blant anna ved å vise til vurderingstemaet i rettspraksis om for seint innkomne tilbod. Klagenemnda uttalte vidare at det er leverandøren som ber risikoen for at tilboden blir levert i tide, og at oppdragsgivarar må kunne føresetje at leverandørane les meldingane dei får i løpet av konkurranseperioden. Etter nemnda sitt syn gav den systemgenererte meldinga frå Mercell tydeleg beskjed om at det var nødvendig å stadfeste tilboden på nytt, og klagar fekk derfor ikkje medhald i påstanden sin.

Omgjering av tildelingsvedtak

I sak 2020/240, som gjaldt inngåing av ein rammeavtale om kjøp av grus og pukk, tok klagenemnda stilling til klagar sin påstand om at den innklaga si omgjering av tildelingsvedtaket var ulovleg.

Konkuransen blei kunngjord 6. november 2019, og føremålet med anskaffinga var å dekkje den innklaga sitt behov for pukk, grus og steinmaterialar til fyllmassar. Massane skulle brukast ved arbeid i eigenregi, og den innklaga skulle sjølv hente ut massar frå verk etter behov.

Under overskrifta «Åpningstider» i konkurransegrunnlaget gjekk det fram at den innklaga i hovudsak ønskte «tilgang til masseuttaket 24 timer i døgnet 7 ganger i uken». Leverandørane var bedne om å leggje ved ei utgreiing for oppdragsgivarens «åpningstider/tilgang» til pukkverket. Tilboda skulle evaluerast på bakgrunn av pris og kvalitet. Ved evalueringa av kvalitetskriteriet skulle svara og dokumentasjonen frå leverandørane på to angitte evalueringsskrav vere avgjerande, og desse skulle vektast like mykje under kvalitet. I eit av evalueringsskrava hadde den innklaga angitt at det var ønskjeleg med tilgang til masseuttaket 24 timer i døgnet, sju dagar i veka året rundt.

Tre leverandørar leverte tilbod, og den innklaga informerte i desember om at dei hadde til hensikt å inngå rammeavtalen med klagar. Det gjekk også fram av tildelingsbrevet at den innklaga hadde gitt dei tre tilboda lik skår på kvalitet. Dagen etter informerte den innklaga om at det var oppdaga ein feil ved evalueringa av tilboda, og den innklaga ønskede derfor å gjennomføre ei ny evaluering.

I starten av februar sende den innklaga ut ei annulling av tidlegare kontraktstildeling og eit nytt tildelingsvedtak. Den innklaga hadde no til hensikt å inngå rammeavtalen med ein av dei to andre leverandørane. Det blei i denne samanhengen vist til forskjellar mellom tilbydarane si utgreiing for opningstider/tilgang: Dei to andre leverandørane tilbydde bemanna opningstid på masseuttaket – noko klagaren ikkje hadde tilbydd.

Ifølgje klagaren hadde den innklaga brote regelverket ved å omgjere det opphavlege tildelingsvedtaket, ettersom det ikkje var «*i strid med forskriften*», jf. forskrifa § 25 1 fjerde ledd.

Klagenemnda gav klagaren medhald, og kom til at det ikkje låg føre rettslege manglar ved det opphavlege tildelingsvedtaket:

«Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, var det først og fremst tilgangen til masseuttaket som var viktig for innklagede. Dette var fremhevæt på to ulike steder i konkurransegrunnlaget. For en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder, var det ikke grunn til å lese konkurransegrunnlaget slik at man ville bli premiert for å tilby en bemannet åpningstid. At innklagede ikke tok hensyn til dette i den opprinnelige tildelingsevalueringen, representerer således ingen feil ved evalueringen. Innklagedes valg om å vektlegge dette forholdet, bygger – med innklagedes egne ord – på «en [ny] skjønnsmessig vurdering av den informasjon og dokumentasjon som fremkommer i forhold til kvalitet og service». En slik endret skjønnsmessig vurdering, har innklagede som nevnt ikke anledning til å foreta.»

Saka illustrerer dei rettslege rammene for omgjering av eit tildelingsvedtak. Sjølv om det ikkje var noko i vegen for å leggje vekt på om leverandørane tilbydde bemanna opningstid, var ikkje den innklaga rettsleg forplikta til å leggje vekt på det. Klagenemnda fann derfor at omgjeringa baserte seg på endra skjønnsutøving.

Sakleg grunn til avlysing?

Klagenemndas avgjerd i sak 2019/329 gjaldt anskaffing av bussdrift i Saltdal kommune. Kontrakten som skulle inngåast, hadde ei varighet på ti år, og pris var einaste tildelingskriterium. To tilbod blei leverte inn, før konkurransen etter kvart blei avlyst.

Spørsmålet i saka var om den innklaga hadde «*saklig grunn*» til avlysing av konkurransen etter forsyningsforskrifta § 21-4 (1), som følgje av at det eine tilbodet blei avvist – slik at det berre stod att eitt tilbod. Klagenemnda kom til at det låg føre sakleg grunn til avlysing, og at grunngivinga for avlysinga var tilstrekkeleg.

Bakgrunnen for klaga var at den innklaga først tildelte kontrakt og deretter avviste den vinnande leverandøren. Tilboden den vinnande leverandøren hadde gitt, blei etter nærmare undersøkingar rekna som for seint inntokme. Konkurransen blei deretter avlyst. Den innklaga grunngav avlysinga med manglande konkurranse.

Klagenemnda viser til at nemnda i fleire tidlegare saker har konkludert med at det ligg føre sakleg grunn til avlysing dersom det berre kjem inn eller står att eitt tilbod i konkurransen.

Men i denne saka hadde den innklaga to tilbod å samanlikne før tilboden frå den valde leverandøren blei avvist. Tilboda stod fram som fullt ut samanliknbare. Nemnda uttaler at under slike omstende er det:

«(42) [...] normalt ikke [...] tilstrekkelig å begrunne en avlysning av konkurransen med en enkel henvisning til at man står igjen med bare ett tilbud etter å ha måttet avvise de øvrige.»

Nemnda viser til EU-domstolens avgjelder i sak C-27/98 (Metalmecanica) avsnitt 23 følgjande, sak C-440/13 (Croce Amica) avsnitt 34 følgjande, Rt. 2001 s. 473 (U) (Concord), Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) og tidlegare avgjelder frå klagenemnda, og uttrykkjer at «*det kreves en konkret begrunnelse som viser hvorfor den aktuelle konkurransen må karakteriseres som mislykket, og hvorfor oppdragsgiver finner det riktig å avlyse.*»

Etter den innklaga si oppfatning var konkurransen mislykka fordi det berre stod att eitt tilbod. Den innklaga peika på at det då var manglande konkurranse om anskaffing. Den innklaga viste også til at ein ikkje kunne forvente at fleire leverandørar ville delta i ein eventuell ny konkurranse.

Med tilvising til Högsteretts uttalar om at det ikkje krevst ei kvalifisert overvekt av økonomiske omsyn for at avlysing skal kunne skje, og at tilboden som stod att, var det därlegaste av dei to tilboda som kom inn, kom klagenemnda til at avlysinga var sakleg.

Forlengingar av avtalar om drift av asylmottak blei ikkje rekna som ei ulovleg direkte anskaffing

I sak 2018/479 hadde den innklaga tidlegare gjennomført tre separate konkurrsar med forhandling om drift av Leira, Kristiansand og Hobøl asylmottak med tilhøyrande tilrettelagde avdelingar.

Nemnda kom til at den innklaga ikkje hadde gjort ei ulovleg direkte anskaffing ved å forlengje avtalane om drift av dei tre mottaka.

Det blei årleg kjøpt drift av asylmottak for eit beløp som oversteig terskelverdiane for kvart område. For kvart av dei tre mottaka hadde den innklaga dermed i utgangspunktet ei sjølvstendig plikt til å kunngjere forlenginga av kontraktane.

Klagar hevda at forlengingane av dei tre avtalane om drift av asylmottak utgjorde ei vesentleg endring, og dermed ei ulovleg direkte anskaffing.

På tidspunktet for forlenging av avtalane om drift av asylmottak var kunngjeringspliktig terskelverdi 6,95 millionar kroner, jf. forskrifta § 5-3 (2).

Forlengingane av avtalane for Kristiansand og Hobøl hadde ein verdi på høvesvis 5,6 og 2,6 millionar kroner. Verdien av desse to forlengingane var dermed under terskelverdien, og godt under 10 % av kontraktsverdien. Avtalane kunne etter nemnda sitt syn derfor lovleg forlengjast etter anskaffingsforskrifta § 28-1 (1) bokstav b.

Ut over dette har oppdragsgivar berre tilgang til å gjøre «*endringer, uavhengig av verdi, som ikke er vesentlige*», jf. forskrifta §§ 28-1 (1) bokstav f og 28-2 første setning. Forlenginga av Leira mottak, som hadde ein verdi på 7,4 millionar kroner, måtte dermed vurderast opp mot denne endringstilgangen.

I den opphavlege kontraktsperioden på sju år utbetalte den innklaga 116 620 000 kroner til den valde leverandøren. Kontraktane for Leira blei forlengde med fem månader, frå 1. november 2018 til 31. mars 2019. I denne perioden utbetalte den innklaga til saman 7,4 millionar kroner.

Om forlenginga av avtalen om drift av Leira mottak utgjorde ei vesentleg endring, uttaler nemnda:

«*Klagenemnda finner for det første ikke grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har utvidet kontraktene omfang betydelig. Forlengelsen utgjør en økning av vederlaget på 6,3 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Utbetalingen på 7,4 millioner kroner innebærer videre en begrenset overskridelse av terskelverdien i forskriften § 5-3 (2), slik den lød på tidspunktet for forlengelsen. Når det gjelder kontraktene varighet, innebærer endringen som nevnt en forlengelse på fem måneder. Kontraktene vilkår, innhold eller overordnede karakter, er ikke endret. Det er ikke grunnlag for å konstatere at innklagede, ved å forlenge avtalene med fem måneder og øke vederlaget med 6,3 prosent, har introdusert betingelser som – dersom de hadde vært en del av den kunngjorte konkurransen – «ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør», jf. C-454/06 pressetext avsnitt 35 og forskriften § 28-2 bokstav a. Det er heller ikke holdepunkter for at forlengelsen endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for den valgte leverandøren.»*

På bakgrunn av dette kom klagenemnda til at forlenginga av drifta på Leira asylmottak måtte rekna som ei lovleg endring av dei opphavlege kontraktane.

Forskyving av kontraktsoppstart blei ikkje rekna som ei vesentleg endring

I sak 2019/30 hadde Bergen kommune gjennomført ein open anbodskonkurranse for generalentreprise Tranevatnet tur-/gang- og sykkelveg. Klagenemnda tok stilling til om forskyvinga av tidspunktet for gjennomføringa av generalentreispen var ei vesentleg endring, og dermed ei ulovleg direkte anskaffing.

Forskyvinga av byggearbeida hadde skjedd i tre omganger med ei total utsetjing av oppstart på ca. 10 månader. Klagenemnda såg på utsetjingane samla ved vurderinga av om forskyvinga av tidspunktet for gjennomføringa av entreispen innebar ei vesentleg endring.

Klagenemnda viste til at det ikkje var hevda at «*hverken oppdragsgiver eller leverandør har forårsaket utsettelsen*», og at det i konkurransegrunnlaget var teke etterhald om at byggjesaksbehandlinga under ny reguleringsplan kunne bli forseinka. Klagenemnda framheva også at det etter nemnda si oppfatning ikkje var pårekneleg for den innklaga at reguleringsendringa ville ta elleve månader meir enn førespegla. Slik nemnda såg det, hadde den innkliga gjort ei forsvarleg vurdering i forkant av kunngjeringa.

Klagenemnda kunne heller ikkje sjå at forskyvinga av kontraktsoppstart medførte at anskaffinga sin overordna karakter var endra.

Det var òg hevda at endringar i delfristane for prosjektet utgjorde vesentlege endringar. Med tilvising til direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 109, streka nemnda under at «*uforutsette hendelser må medføre en viss fleksibilitet for å tilpasse hendelsen*». Klagenemnda viste også til at endringane i delfristane heller ikkje bar preg av å vere forsøk på å omgå regelverket.

På bakgrunn av dette kom klagenemnda til at endringa i kontrakten kunne heimlast i anskaffingsforskrifta § 28-1 (1) bokstav d) om endringar som er nødvendige som følgje av omstende som ein aktsam oppdragsgiver ikkje kunne føreseeie. Det var derfor ikkje gjort ei ulovleg direkte anskaffing.

Klagenemnda fann likevel at manglande kunngjering av endringa medførte eit brot på forskrifta § 28-1 (3), men at manglande kunngjering av ei endring etter bokstav d) ikkje i seg sjølv gjer endringa til ei ulovleg direkte anskaffing, ettersom ho materielt sett oppfyller vilkåra i bokstav d)

Interessante foredragsholdere med høyaktuelle tema

Vi ønsker velkommen til den femtende KOFA-konferansen, som i år vil bli avholdt som webinar. Nærmere informasjon om dato og påmelding, vil komme til høsten.



PROFESSOR

Karl Harald Søvig

- Habilitet i anskaffelsesrettslig sammenheng



PARTNER AT PINSENT MASON'S LONDON

Dr. Totis Kotsonis

- Practical issues arising from a crisis like Covid-19 and its impact on procurement
- EU-court jurisprudence, recent developments in EU Public Procurement Law



ADVOKAT OG NEMNDSMEDLEM

Kristian Jåtøg Trygstad

- Utvalgte KOFA-avgjørelser



FORMAND FOR KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Nikolaj Aarø-Hansen

- De viktigste avgjørelsene fra Klagenævnet for Udbud det siste året



ADVOKAT

Anne Buan

- Anskaffelser av skytjenester

Klagenemnda for offentlige anskaffelser