



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Velkommen til KOFA's første digitale konferanse

For første gang inviterer Klagenemndssekretariatet og KOFA til en digital konferanse som år skal strømmes den 19. november 2020. Det blir samme innholdsrike program som foregående år, og dette er en flott anledning til å holde seg oppdatert på alt det som skjer innenfor fagfeltet offentlige anskaffelser. Kort om innholdet på konferansen:

- Nemndsleder Sverre Nyhus innleder konferansen
- Nemndsmedlem og advokat Kristian Jåtog Trygstad gir en grundig gjennomgang av viktig praksis fra KOFA siste året
- Professor Karl Harald Søvig skal snakke om habilitet i anskaffelsesrettslig sammenheng
- Dr. Totis Kotsonis skal holde foredraget: Det første er svært aktuelt i disse dager og omhandler «Practical issues arising from a crisis like Covid- 19 and its impact on procurement.
- Formand for Klagenævnet for Udbud Nikolaj Aarø- Hansen skal redegjøre for de viktigste avgjørelsene fra Klagenævnet for Udbud det siste året.
- Advokat Anne Buan skal snakke om anskaffelse av skytjenester.

Vi håper at du benytter sjansen til å få med deg praktiske og interessante foredrag fra både inn- og utland.

Påmelding til konferansen finner du i linken nederst på siden. Konferansen koster kroner 1300 per deltager.

I nyhetsbrevet denne gangen kan du ellers lese om klagenemndas vurdering av en evalueringsmodell hvor leverandørene fikk et prisfradrag ut fra hvor gode løsninger som ble tilbudt. Nyhetsbrevet inneholder også omtale av en sak om tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og en sak om ulovlig endring av et tildelingskriterium. I tillegg omtales en sak om kravet til at alle oppdragsgivere må identifiseres i kunngjøringen.

Link: Påmelding kofakonferansen

Ulovlig endring av tildelingskriterium

I sak 2020/607 hadde innklagede gjennomført en konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften del II, for inngåelse av en rammeavtale om fornying av vann- og avløpsnett i kommunen.

Klager anførte blant annet at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å fastsette evalueringsmodellen for tildelingskriteriet «Miljø» etter tilbudsåpning.

Under miljøkriteriet, som var vektet 20 prosent, ville innklagede premiere leverandørenes bruk av utslippsfrie eller fossilfrie maskiner og kjøretøy. Det var leverandørenes maskinpark ved anleggsstart/kontraktstart som ville bli vurdert.

Under forhandlingene ble innklagede imidlertid oppmerksom på at det kunne ta tid for flere av leverandørene å få miljøvennlige kjøretøy og maskiner på plass innen anleggsstart. I etterkant av forhandlingene ble det derfor publisert en endring av miljøkriteriet. Etter endringen ville leverandørene ikke bare få uttelling for antall utslipps-/fossilfrie maskiner og kjøretøy som man hadde ved anleggs-/kontraktstart – leverandørene ville i tillegg få uttelling for innføring av mer miljøvennlig teknologi i kontraktperioden.

Et første spørsmål for klagenemnda var hvilke begrensninger forsyningsforskriften del II setter for å endre tildelingskriteriene. Som utgangspunkt, uttaler nemnda, må de samme begrensningene gjelde her som etter klassisk forskrift del III. Det vises dermed til EU-domstolens uttalelser i sak C-19/00 SIAC, hvor EU-domstolen – i avsnitt 43 – uttaler at oppdragsgiver må «fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet», jf. også sak C-448/01 Wienstrom avsnitt 92.

Disse begrensningene, påpeker klagenemnda, gjelder muligens ikke like kategorisk i en konkurranse med forhandling. I motsetning til anskaffelsesforskriften § 23-7 (2) inneholder ikke forsyningsforskriften § 19-7 (2) et forbud mot å forhandle om tildelingskriteriene. Det er også eksempler på at justeringer av tildelingskriterier underveis i forhandlingene har vært akseptert etter det tidligere anskaffelsesregelverket, se for eksempel lagmannsrettens avgjørelse i sak LB 2016 35199.

I den foreliggende saken kom klagenemnda likevel til at innklagede hadde foretatt en ulovlig endring av tildelingskriteriet: Endringen ble foretatt av hensyn til enkelte leverandører, noe som er i strid med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet, jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C 331/04 ATI.

Endringen medførte også at tilbudenes styrker og svakheter fikk endrede poengutslag sammenlignet med den fremgangsmåten som opprinnelig ble gjort kjent for leverandørene. Dette var i strid med plikten til å fastsette poengberegningemetoden før tilbudsåpning, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-6/15 Dimarso.

Om plikten til å angi tildelingskriterienes relative vekt

Klagenemndas avgjørelse i sak 2019/589 gjaldt anskaffelse av en vegentreprise for utbedring av to veistrekninger i Seljord kommune. Klager anførte blant annet at innklagede hadde benyttet en evalueringsmodell som var i strid med kravet i forskriften § 18-1 sjette ledd, om at tildelingskriterienes «relative vekt» skal oppgis i konkurransegrunnlaget.

Tildelingskriteriene var pris (P), kvalitet (K1) og oppdragsorganisasjon (K2), og kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på formelen «Konkurransesum $S = P + K1 + K2$ ».

Oppfyllelsen av tildelingskriteriene K1 og K2 skulle vurderes innenfor et spenn fra 0-15 millioner kroner. Desto bedre løsninger leverandørene kunne tilby, desto større prisfradrag fikk de i tilbudsprisen. Fradrag i tilbudsprisen ville bli gitt til tilbud med «svært gode løsninger».

Etter en kort gjennomgang av rettskildebildet, inkludert den svenske Upphandlingsutredningen (2013) side 151 og en tidligere nemndsavgjørelse, uttalte klagenemnda at.

«(60) Formålet med kravet om at tildelingskriterienes vekt skal angis, er [...] å redusere risikoen for at oppdragsgiver tilpasser evalueringen etter tilbudsåpningen, og å gjøre evalueringen så forutberegnelig og etterprøvbar som mulig. I vår sak ble evalueringen av tilbudene i konvolutt 1, som inneholdt besvarelse av kvalifikasjonskrav og de kvalitative tildelingskriteriene, sluttført før åpningen av konvolutt 2 som inneholdt tilbudsprisene. Klagenemnda forstår det slik at innklagede da foretok en evaluering av hvilket prisfradrag som skulle gis for de kvalitative tildelingskriteriene, før de så tilbudsprisene. Dette forhindret at innklagede lot seg påvirke av tilbudsprisene ved fastsettelsen av prisfradraget for de kvalitative kriteriene.»

«(61) Klagenemnda kan ikke se at den valgte evalueringsmodellen under disse omstendighetene er mindre forutberegnelig eller etterprøvbar enn hvor tildelingskriteriene vektet innenfor et nærmere angitt spenn, slik forskriften § 18-1 (6) åpner for, eller en evalueringsmodell som åpner for tilpasninger i evalueringen etter åpningen av tilbudsprisene. Så fremt konkurransegrunnlaget opplyser om hvor store prisfradrag eller pristillegg som gis, vil tildelingskriterienes innbyrdes styrkeforhold være klarlagt og det vil være forutberegnelig for leverandørene hvor stort prisfradrag som potensielt kan oppnås. Nemnda kan ikke se at lovens krav til forutberegnelighet, eller forskriftens krav om at vekt skal angis, er til hinder for en slik fremgangsmåte.»

Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å benytte en ulovlig evalueringsmodell, førte dermed ikke frem.

Alle oppdragsgivere må identifiseres i kunngjøringen

I sak 2019/262 gjennomførte stiftelsen Tradebroker, på vegne av en rekke av sine medlemsbedrifter, en begrenset konkurranse med forhandling for inngåelse av en rammeavtaler om kontor- og datarekvisita, hygieneartikler og emballasje med relevante tjenester. Blant de deltakende medlemsbedriftene var det også flere bedrifter omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Klager anførte blant annet at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fordi de offentlige medlemsbedriftene ikke var identifisert i kunngjøringen, jf. forsyningsforskriften § 7-7 første ledd bokstav b. Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgivere kan anskaffe varer gjennom innkjøpsentraler, men at oppdragsgiveren i så fall skal være «*identifisert i kunngjøringen*».

Tradebroker anførte at bestemmelsen ikke kom til anvendelse ettersom Tradebroker ikke kunne anses som en «*innkjøpsentral*».

Klagenemnda så det imidlertid slik at det allerede i kravet til kunngjøring i forsyningsforskriften § 17 2, ligger et krav om at det må fremgå av kunngjøringen hvilke oppdragsgivere som er deltakere i anskaffelsen.

Av kunngjøringen fremgikk det at Tradebroker ville inngå rammeavtaler på vegne av «*sine medlemsbedrifter*». Hvilke bedrifter det var tale om, var ikke angitt.

Slik klagenemnda så det, var det imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at denne feilen kunne ha påvirket deltakerinteressen:

«[...] Informasjonen om at rammeavtalen ville bli inngått «*på vegne av*» Tradebrokers «*medlemsbedrifter*», ga potensielle leverandører et varsel om at det var flere oppdragsgivere som ville benytte seg av rammeavtalen, og ga etter nemndas oppfatning en normalt påpasselig leverandør oppfordring om å åpne konkurransegrunnlaget for å se hvilke oppdragsgivere det var snakk om, og på denne bakgrunn vurdere om det ville være interessant å delta i konkurransen. Konkurransegrunnlaget ble gjort tilgjengelig samtidig med – og kunne åpnes direkte via en lenke i – kunngjøringen. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 var samtlige av de aktuelle medlemsbedriftene listet opp. Når det gjaldt de innklagede, var det oppgitt et estimat på hvor mye hver av disse kjøpte årlig. Saken skiller seg på dette punktet på avgjørende vis fra klagenemndas avgjørelser i sakene 2018/24 (gebyrsak) og 2019/389» (avsnitt 72).

Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse som følge av manglende identifisering av de offentlige medlemsbedriftene i kunngjøringen, kunne på denne bakgrunn ikke føre frem.

Om tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene

I sak 2019/597 tar klagenemnda stilling til om kvalifikasjonskravene – etter en konkret tolkning av konkurransegrunnlaget – kan tillates oppfylt på et annet tidspunkt enn tilbudstidspunktet.

Innklagede gjennomførte en konkurranse etter forsyningsforskriften del I for anskaffelse av reservevannforsyning. Klager anførte at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav om tiltak mot sosial dumping.

Et av dokumentasjonskravene var i denne sammenheng at «*Skiensmodellen i sin helhet skal oppfylles*».

Skiensmodellen er en 14-punkters plan mot sosial dumping i byggebransjen, først utarbeidet og innført av Skien kommune i 2014. Punktene inneholder særskilte kontraktsbestemmelser knyttet til motvirking av sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, og skal øke fagkompetansen og bruk av lærlinger.

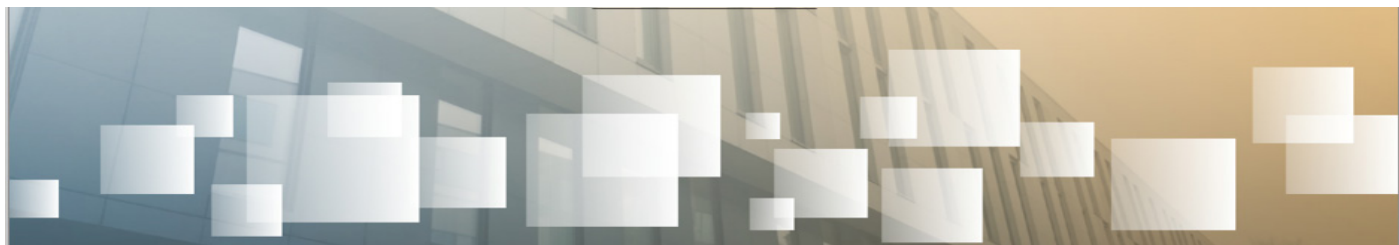
Sak 2019/597 er den andre saken på kort tid som reiser spørsmål om hvordan oppdragsgivers henvisning til Skiensmodellen skal forstås og anvendes i konkurransen. I den forrige saken, sak 2019/368, fant klagenemnda at oppdragsgiver – med den generelle henvisningen til Skiensmodellen i konkurransegrunnlaget – ikke hadde ment å oppstille et krav om at leverandørene måtte være godkjente og aktive lærlingebedrifter. Klagers anførsel om avvising av valgte leverandør for manglende oppfyllelse av et slikt krav, kunne derfor ikke føre frem. Slik klagenemnda så det, kunne det likevel «*med rette stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av innklagedes valg om å vise til Skiensmodellen i konkurransegrunnlaget, og formuleringen om at modellen «skal følges av tilbyderne»*» (avsnitt 30).

I sak 2019/597 fant klagenemnda derimot at det var stilt et kvalifikasjonskrav om tiltak mot sosial dumping. Spørsmålet for nemnda var når kravet måtte være oppfylt. I dette spørsmålet delte nemnda seg i et flertall og et mindretall. I avsnitt 27 oppsummerer flertallet sitt synspunkt slik:

«Oppsummert legger flertallet til grunn at konkurransegrunnlaget ikke gir tilstrekkelig klare føringer for når kravet skulle være oppfylt, og at det er flere rimelige måter å tolke kvalifikasjonskravet på hva gjelder oppfyllestidspunkt. Denne uklarheten er det oppdragsgiver som hefter for, og leverandørene skal i et slikt tilfelle beskyttes mot å bli avvist for å ha lagt til grunn en rimelig fortolkning av konkurransedokumentene. Når konkurransegrunnlaget kan forstås slik at kvalifikasjonskravet kunne oppfylles i kontraktsfasen, må innklagede derfor legge dette til grunn ved kvalifikasjonsvurderingen, se også Agder lagmannsretts avgjørelse i LA-2014-128145 [...]».

Slik flertallet så det, kunne klagers anførsel om avvising av valgte leverandør dermed ikke føre frem.

Etter mindretallets oppfatning måtte kvalifikasjonskravet være oppfylt på tilbudstidspunktet. Et poeng for mindretallet, som klagenemnda var inne på i sak 2019/368 nevnt ovenfor, er samtidig at Skiensmodellen er «*en modell som oppdragsgiver generelt legger til grunn, og formuleringene er ikke er tilpasset denne konkrete konkurransen*» (avsnitt 44).



Ved bruk av generelle henvisninger til en bestemt kontraktsmodell, kan det fremstå uklart for leverandørene både hvilke kvalifikasjonskrav oppdragsgiver faktisk har ment å oppstille, og når disse skal være oppfylt. Slike uklarheter er det oppdragsgiver som hefter for. Leverandørene skal ikke risikere å bli avvist for å ha lagt en rimelig tolkning av konkurransedokumentene til grunn.

(Om ESAs undersøkelser av henholdsvis Skiensmodellen og den tilsvarende Oslomodellen, se for øvrig:

<https://www.anbud365.no/bransjer/bygg-og-anlegg/skien-star-last-og-brast-med-skiensmodellen-i-kamp-en-mot-useriose/>

og

<https://www.anbud365.no/bransjer/bygg-og-anlegg/oslomodellen-evalueres-endringer-utelukkes-ikke/>).

Visste du at:

Av alle saker KOFA mottar så gjelder ca 30 prosent påstand om ulovlig direkte anskaffelse?

KOFA har så langt i år ilagt 9 gebyr som følge av manglende kunngjøring av en offentlig anskaffelse