



Klagenemnda for
offentlige anskaffelser

Gjennomgang av utvalgte KOFA-saker

KOFA-konferansen 19. november 2020
v/Kristian Jåtog Trygstad

Agenda

- 1. Generelt**
2. Avvisning av leverandører og tilbud
3. Tildeling av kontrakt
4. Avlysning
5. Ulovlige direkteanskaffelser

Bakgrunn

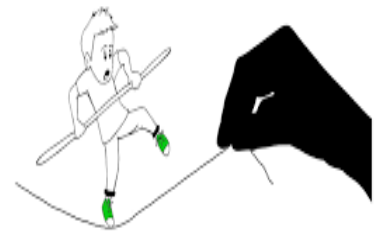
- Innkomne saker hittil i 2020 (2019)
 - Prioriterte saker 31 (26)
 - Uprioriterte saker 71 (74)
 - Gebyrsaker 41 (20)
- Avgjorte saker hittil i 2020
 - Totalt 150 (126)
 - Avvist av sekretariatet 24 (26)
 - Konstatert regelbrudd 56 (42)
 - Ikke regelbrudd 49 (51)
 - Ilagt gebyr 12 (2)
 - Trukket 9 (5)

Agenda

1. Generelt
- 2. Avvisning av leverandører og tilbud**
3. Tildeling av kontrakt
4. Avlysning
5. Ulovlige direkteanskaffelser

Tidspunkt for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- KOFA 2019/597 (VA-anskaffelse, del I)
 - Kvalifikasjonskrav om å tilfredsstille krav om tiltak mot sosial dumping
 - Dokumentasjonskrav: «Skien modellen i sin helhet skal oppfylles»
 - Valgte leverandør var ikke godkjent lærlingebedrift på tilbudstidspunktet
- Flertallet: Uklart hvilket tidspunkt som skulle gjelde, og det heftet oppdragsgiver for
«Når konkurransegrunnlaget kan forstås slik at kvalifikasjonskravet kunne oppfylles i kontraktsfasen, må innklagede derfor legge dette til grunn ved kvalifikasjonsvurderingen»
- Mindretallet tolket konkurransegrunnlaget slik at kvalifikasjonskravet skulle være oppfylt på tilbudstidspunktet



Rådgiverhabilitet

- KOFA 2018/158 (Plan- og designkonkurranse om Regjeringskvartalet)
- Valgte leverandør hadde bistått oppdragsgiver i reguleringsplanprosessen forut for kunngjøringen av konkurransen
- Konkret vurdering av om denne involveringen hadde gitt leverandøren et urimelig konkurransefortrinn som ikke i det vesentlige var utjevnet, jf (nå) § 12-2
 - Hvor lett har det vært for konkurrentene å tilfredsstille de tekniske spesifikasjoner som er valgt?
 - Var de valgte spesifikasjonene naturlige ut fra oppdragsgivers behov?
 - Fikk rådgiveren en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelsen av sitt tilbud?
 - **Hadde rådgiveren mottatt informasjon om oppdraget som ikke var blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne?**
 - Hvordan påvirker valget rådgiverens mulighet til å vinne konkurransen?
- Oppdragsgivers medarbeidere ble heller ikke ansett inhabile

Ikke brudd i Regjeringskvartalet



Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA, mener det ikke var brudd på reglene i forbindelse med plan- og designkonkurranse i Regjeringskvartalet. (Ill: Statsbygg/team Urbis).

Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA, har konkludert med at det ikke var brudd på reglene for rådgiverhabilitet, da det ble kåret en vinner i plan- og designkonkurranse om Regjeringskvartalet.

www.byggfakta.no 3. desember 2019

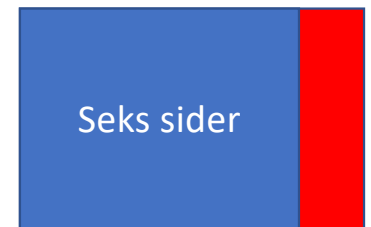
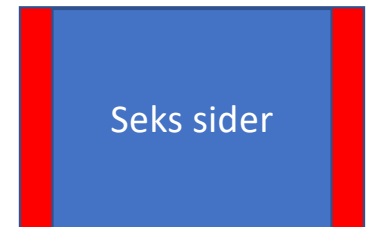
Avvisning av tilbud – samspill

- KOFA 2019/277 (totalentreprise med samspill)
- Inneholdt valgte leverandørs tilbud vesentlige avvik (fra spesifikasjoner og reguleringsplan)?
 - a) Hvilke krav var oppstilt b) Inneholdt tilbudet avvik? c) Var avvikene vesentlige?
- Særtrekk ved konkurranser om samspillsoppdrag
 - Det tilbudte prosjektet skal videreutvikles og forbedres i samspillsfasen
 - Først skal det imidlertid gjennomføres en konkurranse, hvor tilbudene må være sammenlignbare
 - Oppdragsgiver må ha et forsvarlig grunnlag for å utpeke en vinner av konkurransen
 - Krav som er oppstilt har en funksjon (forutsigbare rammer, sammenlignbare tilbud)
 - Planlagt videreutvikling i samspillsfasen gir imidlertid oppdragsgiver noe større fleksibilitet i vurderingen av om et avvik er *vesentlig*, hvis avviket kan håndteres i samspillsfasen
- Se også KOFA 2019/41



Sidetallsbegrensning

- Hva skjer hvis tilbudet er lengre enn tillatt?
 - Sidetallsbegrensninger har kun direkte betydning for konkurransen
 - Formålet er ofte å legge til rette for evalueringen av tilbudene
 - Men lengre tilbud kan gi økt mulighet til å synliggjøre merverdi
- Hvis tilbudet er lengre enn tillatt, vil oppdragsgiver ofte ha *rett* til å avvise tilbudet, jf forskriften § 24-8 (2) bokstav a)
 - Men da må det være oppstilt et *krav*
- Om oppdragsgiver ikke ønsker å avvise, må avvikets betydning kartlegges
 - Har leverandøren fått en konkurransefordel?
 - Kan denne konkurransefordelen utlignes?
 - Mulig å hensynta i evalueringen eller vanskelig å sammenligne tilbudene?



Sidetallsbegrensning (ii)

- KOFA 2020/410
 - Løsningsforslaget var integrert i tilbudet
 - KOFA: Løsningsforslaget var lengre enn det innklagede hadde beregnet, og oversteg begrensningen
- KOFA 2019/30
 - Konkret vurdering av om tilbudene overskred sidetallsbegrensningen (hvilke bilag/tabeller inngikk)
 - KOFA: Innklagede hadde ikke hensyntatt overskridelser av sidetallsbegrensningen i evalueringen
- KOFA 2019/199
 - Oppstilt sidetallsbegrensning, men ikke krav til skriftstørrelse, marger, linjeavstand ol
 - Valgte leverandørs tilbud overskred sidetallsbegrensningen. Klagers tilbud gjorde ikke det, men det var brukt skriftstørrelse 8 og smale marger. 27 ords forskjell mellom tilbudene
 - Ingen konkurransefordel, OK at tilbudene ble ansett sammenlignbare
- KOFA 2020/380
 - Innklagede hadde gitt klager et skjønnsmessig poengtrekk ved bedømmelsen av tildelingskriteriet
 - KOFA: Det forelå ingen overskridelse av sidetallsbegrensningen, og det var ikke godtgjort at det forelå en konkurransefordel som skulle møtes med et poengtrekk

Agenda

1. Generelt
2. Avvisning av leverandører og tilbud
- 3. Tildeling av kontrakt**
4. Avlysning
5. Ulovlige direkteanskaffelser

Klarhetskravet

- Tildelingskriteriene skal utformes tilstrekkelig klart til at normalt påpasselige leverandører forstår innholdet
 - (Gjelder også kvalifikasjonskrav og spesifikasjoner)
 - Forutsigbarhet for leverandørene
 - Forventning om forhåndsbinding og kommunikasjon fra oppdragsgiver
 - Mulig avlysningsplikt ved brudd som kan ha påvirket deltakelsen eller utfallet
- KOFA 2019/743 og KOFA 2020/207 (div matvarer)
 - Tildelingskriterium «Kvalitet» (uten nærmere beskrivelse)
 - Dokumentasjonskrav «Oppdragsgivers kvalitetsvurdering av produktene»
 - Ingen entydig avklaring av preferanser eller hva som skulle vurderes i konkurransegrunnlaget
 - For eksempel uklart om produktene skulle vurderes ut fra smak, lukt ol. eller ut fra benyttede råvarer og innhold av fett, sukker, salt og andre tilsetningsstoffer



Klarhetskravet (ii)

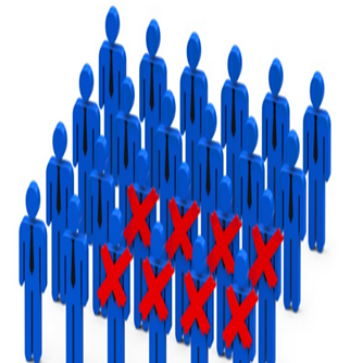
- KOFA 2019/177 og KOFA 2019/712 (kontorinnredning og møbler)
 - Absolutte krav til ytelsen
 - Oppfyllelse ut over disse kravene ble premiert i bedømmelsen av tildelingskriteriene
 - KOFA: Akseptabel fremgangsmåte så lenge skillet fremgår tilstrekkelig klart

«Det fremgår ikke tilstrekkelig klart at A-kravene som er listet opp under disse kriteriene, er en kombinasjon av absolutte krav og forhold som inngår i bedømmelsen av tildelingskriteriene. Nærmere bestemt manglet en klargjøring av hva som var terskelen for det absolutte kravet, og hvilken meroppfyllelse som kunne gi uttelling ved bedømmelsen av tildelingskriteriene.»



Premiering av leverandørens egenskaper

- Leverandørens egenskaper kan ha betydning for kvaliteten på den tilbudte ytelsen
 - Forholdet til kvalifikasjonsfasen
 - Forholdet til tilknytningsvilkåret (§ 18-1 (4)), sammenlign § 16-1 (1)
- Forskriften § 18-1 (3) bokstav b): Tildelingskriteriene kan for eksempel omfatte
«den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer kan vektlegges forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten»
- KOFA 2019/269 og KOFA 2019/364
 - § 18-1 (3) bokstav b) oppstiller vilkår
 - Ikke lov å premiere leverandørens generelle erfaring (konkret vurdering)
 - Avlysningsplikt
- KOFA 2019/664 – større handlefrihet i del II, men kriteriet må være egnet til å identifisere det beste tilbudet



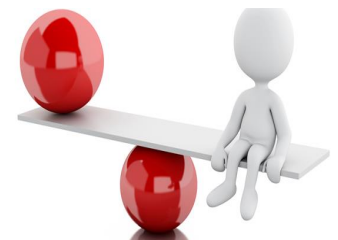
Tildelingskriterienes «relative vekt»

- Forskriften § 18-1 (6) – plikt til å angi tildelingskriterienes «relative vekt»
- KOFA 2019/589 – priset uttellingen på tildelingskriteriene
 - Konkurransesum = tilbudspris – prisfradrag for god kvalitet
 - Ikke angitt «vekt», men maksimal betalingsvillighet for de kvalitative tildelingskriteriene

«Formålet med kravet om at tildelingskriterienes vekt skal angis, er som nevnt å redusere risikoen for at oppdragsgiver tilpasser evalueringen etter tilbudsåpningen, og å gjøre evalueringen så forutberegnelig og etterprøvbart som mulig.

...

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.»



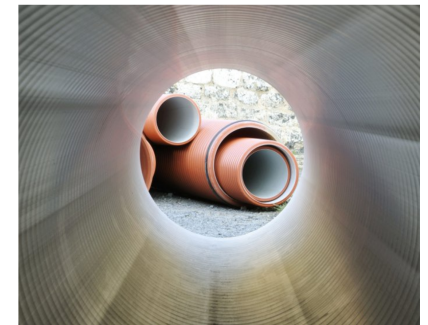
Endring av tildelingskriterier – KOFA 2020/607

- Konkurransen med forhandling om fornying av VA-anlegg
- Tildelingskriteriet *Miljø*
 - Opprinnelig: Premiere maskiner og utstyr pr kontraktsoppstart
 - Endret til: Premiere maskiner og utstyr pr kontraktsoppstart og maskiner og utstyr som skal fases inn

- KOFA: Ulovlig endring

«Den endringen innklagede isteden gjorde, medfører imidlertid også en fordel for de leverandørene som i tilbudet og forhandlingene ga uttrykk for at de i liten grad klarte å tilby miljøvennlige maskiner til kontraktsoppstart, men som ønsket å innfase slike kjøretøy og maskiner fra et senere tidspunkt. At disse leverandørene skulle få økt uttelling under miljøkriteriet, er slik nemnda forstår det også selve formålet med endringen.»

KOFA mener Bergen kommune må avlyse konkurransen for anskaffelse til 560 millioner kroner



KOFA mener Bergen kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser i konkurranse med forhandling for en rammeavtale om fornying av vann- og avløpsnett i Bergen kommune. Illustrasjonsfoto: Scanstockphoto

www.bygg.no 15. september 2020

Omgjøring – KOFA 2020/240

- Oppdragsgiver skal omgjøre en kontraktstildeling som er «*i strid med forskriften*»
 - Plikt til omgjøring ved regelbrudd som fører til at feil tilbud er valgt
 - Ikke adgang til omgjøring ved endret syn på en lovlig skjønnsutøvelse

Det er i hovedsak ønskelig med tilgang til masseuttaket 24 timer i døgnet 7 ganger i uken. En redegjørelse for oppdragsgivers åpningstider/tilgang til pukkverket skal vedlegges tilbudet.

- Tildeling omgjort fordi bemannet åpningstid ikke var premiært
- KOFA: Vurderingstemaet var *tilgang* til masseuttaket, ikke om det var bemannet
 - Ikke *ulovlig* å unnlate å premiere økt bemanning i den opprinnelige evalueringen



Agenda

1. Generelt
2. Avvisning av leverandører og tilbud
3. Tildeling av kontrakt
- 4. Avlysning**
5. Ulovlige direkteanskaffelser

Avlysning pga feil

- Plikt til å avlyse hvis
 - det er begått en feil,
 - som påvirker utfallet eller deltakerinteressen og
 - som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning
 - Se for eksempel KOFA 2019/635 (ulovlige merkehenvisninger)
- Rett til å avlyse ved *reell rettslig usikkerhet* om dette
- Oppdragsgiver må kunne vise at vilkårene er oppfylt
 - KOFA 2020/116 – ikke holdepunkter for at en uklarhet påvirket utfallet eller deltakerinteressen
 - KOFA 2020/525 – ikke godtgjort at evalueringsmetoden var uklar, eller at en eventuell feil bare kunne rettes ved avlysning



Avlysning pga manglende konkurranse

- Sak 2019/329 (busstransport)
 - Valgte leverandørs tilbud ble avvist
 - Oppdragsgiver sto igjen med ett tilbud og avlyste konkurransen
- KOFA: manglende konkurranse gir ikke en ubetinget rett til å avlyse

*«I en situasjon hvor en oppdragsgiver har fått inn flere fullt ut sammenlignbare tilbud, er klagenemnda av den oppfatning at det normalt ikke er 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. ... det kreves en **konkret begrunnelse** som viser **hvorfor den aktuelle konkurransen må karakteriseres som mislykket**, og **hvorfor oppdragsgiver finner det riktig å avlyse.**»*
- Etter en konkret vurdering ble det ansett tilstrekkelig at det beste tilbudet var avvist
- Også vurdering av begrunnelsen for avlysning
 - HR-2019-1801-A: Også etterfølgende begrunnelser relevante
 - C-440/13: Det skal gis en samtidig begrunnelse som gjør det mulig å etterprøve om avlysningen er forenlig med anskaffelsesregelverket

Agenda

1. Generelt
2. Avvisning av leverandører og tilbud
3. Tildeling av kontrakt
4. Avlysning
5. **Ulovlige direkteanskaffelser**

Regelverkets virkeområde

- KOFA 2018/157 (menneskerettighetsprosjekt i Angola)
- KOFA innhentet rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen

*«[E]n anskaffelse [er] underlagt EØS-retten når den har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, som **når den kan ha en direkte innvirkning** på hvordan det indre marked i EØS fungerer. Faktorer som **alene eller i kombinasjon** kan tilsi at det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, vil blant annet være språket i anbudsinnbydelsen, språkkrav, den lovgivning som får anvendelse på tildelingsprosessen eller den lovgivning som får anvendelse på den tildelte kontrakt, beliggenheten til den kompetente klageinstans eller til domstoler med eksklusiv jurisdiksjon, nasjonale registreringskrav, publiseringen av konkurransekunngjøringen i EØS, eller det faktum at det var utarbeidet en anbudskonkurranse for å engasjere markedsdeltakere etablert i EØS-området.»*

- Vilkårene ble ansett oppfylt
- Gebyr på 5%



Beregning av anskaffelsens verdi

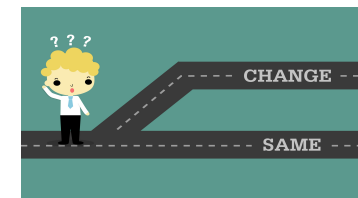
- KOFA 2019/102 og KOFA 2019/295 (tolke- og translatørtjenester)
 - Når skal flere, etterfølgende kjøp anses som én anskaffelse?
 - Forskriften § 5-4 () *liknende kontrakter* som oppdragsgiver inngår *regelmessig*
 - Oppdragsgiver mente at språkforskjeller og omstendighetene rundt oppdragene skilte disse
- KOFA enig i at tolke- og translatørtjenester ikke var *liknende* ytelser
- De ulike kjøpene av tolketjenestene ble derimot ansett som *liknende kontrakter*

«At det nok også finnes leverandører som spesialiserer seg på utvalgte språk, kan ikke være nok til å definere hvert språk som et marked for seg. Formålet med kunngjøringsplikten i et tilfelle som det foreliggende er å gjøre leverandører av tolketjenester kjent med innklagedes behov, og dette formålet tilsier at spørsmålet om hvilke kontrakter som er «liknende» ikke kan styres av de mest spesialiserte leverandørene på markedet. Som saksforholdet i vår sak viser, vil en slik tilnærming tidvis føre til at ingen deler av innklagedes behov for tolketjenester blir kunngjort, selv om det samlede behovet av slike tjenester er betydelig.»
- Gebyrsakene er brakt inn for domstolene

Vesentlige endringer

Endring av konkurransegrunnlag før tilbudsfrist

- KOFA 2018/521 (totalentreprise for total renovering/nybygg)
 - Kunngjøringen «*Det skal gjennomføres en total renovering/nybygg for et nytt Familiens hus for Osterøy kommune*»
 - Fremgikk av konkurransedokumentene at deler av det eksisterende bygget skulle beholdes og rehabiliteres
 - Før tilbudsfristen ble det åpnet for å tilby et komplett nytt bygg
- KOFA: Konkurransegrunnlaget (og kunngjøringen) ble endret før tilbudsfristen
 - En slik endring kan medføre avlysningsplikt og utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse
 - Kan kontrakten forankres i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget?
 - I dette tilfellet ikke konkrete holdepunkter for at endringen hadde påvirket deltakerinteressen



Vesentlige endringer Forlengelse av (leie)avtaler

- KOFA 2018/479 (drift av asylmottak)
- Kontraktene ble forlenget (noen måneder) etter utløpet av kontraktperioden
 - Disse forlengelsene ble vurdert opp mot forbudet mot vesentlige endringer
- To av forlengelsene hadde verdi under terskelverdien og godt under 10% av kontraktsverdien
 - Disse kunne lovlig foretas (sammenlign forskriften § 28-1 (1) bokstav b))
- Etter en konkret vurdering ble heller ikke den siste forlengelsen ansett som en vesentlig endring
 - Begrenset utvidelse av kontraktens samlede omfang og av terskelverdien
 - Ingen endring av kontraktens vilkår, innhold eller overordnede karakter (bortsett fra varigheten)
 - Ikke holdepunkter for at kontraktens økonomiske balanse var endret
 - Ikke holdepunkter for at den forutgående konkurransen ville ha fått en annen vinner eller at andre leverandører ville ha deltatt

Vesentlige endringer Skifte av underleverandør

- KOFA 2018/550 (totalentreprise for bygging av et helse- og omsorgssenter)
- Umiddelbart etter kontraktsinngåelse ble en underleverandør skiftet ut
 - Bistått ved oppfyllelse av kvalifikasjonskrav
 - Inngikk i bedømmelsen av tildelingskriteriene
 - EU-domstolen lagt til grunn at skifte av underleverandører i særlige tilfeller kan utgjøre en vesentlig endring, hvor

« ... anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden – under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse – har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten [...]», se sak C-91/08
- Etter en konkret vurdering konkluderte KOFA med at det ikke forelå en vesentlig endring



Kategorisering av anskaffelsen

- KOFA 2019/682 – varekontrakt eller bygg- og anleggskontrakt
 - Hva er anskaffelsens hovedelement?
- KOFA 2020/172 – vilkårene for FOU-kontrakter
- KOFA 2019/590 – unntaket for kjøp og leie av fast eiendom
- KOFA 2019/697 – manglende inkludering av relevante CPV-koder



Avsluttende kommentarer

- Råd til oppdragsgivere
 - Ha et bevisst forhold til hva som tas inn og ikke tas inn i konkurransegrunnlaget
 - Vanskelige vurderinger ved avgjørelse av konkurransen kan unngås ved å ta kontroll over gjennomføringen av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget
 - ...men husk at «bordet fanger»
 - Ikke ta inn formuleringer som dere ikke forstår eller som det ikke ligger en mening bak
- Råd til leverandører
 - Les og forstå konkurransegrunnlaget (i god tid før tilbudsfristen)
 - Svar på bestillingen
 - Bruk muligheten til å stille spørsmål ved behov

Takk for oppmerksomheten!



Kristian Jåtog Trygstad

E-post: kjt@mageli.no

Tlf: 95 16 46 46