



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Godt nytt år frå Klagenemndssekretariatet

2020 var et annleis år for alle, også for oss i Klagenemndssekretariatet og KOFA. Dei tilsette har stort sett arbeidd på heimekontor, men det har ikkje påverka produksjonen av KOFA-avgjerder nemneverdig. I 2020 påla vi 15 gebyr for ulovlege direkte anskaffingar.

Det har også vore ein markant auke i tal avgjorde klagesaker. Totalt 193 saker blei avgjorde i 2020, og det er 26 saker meir enn i 2019. Saksbehandlingstida for uprioriterte saker har også begynt å bli kortare, og målet er å få denne ned til eit akseptabelt nivå innan 2021, slik at partane kan få avklart rettssituasjonen sin så raskt som mogeleg.

Tal innkomne saker har i same tidsrom auka med 20 prosent samanlikna med 2020. Det har derfor vore ein jamn auke i klagesaker dei siste åra, og det betyr at leverandørane og andre ønskjer å bruke KOFA når dei meiner det ligg føre brot på regelverket for offentlege anskaffingar.

I tillegg til dette har KOFA handtert eit søksmål i saka mot Møre og Romsdal og Trøndelag politidistrikt, og dom i saka blei avsagt like før jul. Tingretten konkluderte med at skuldkravet ikkje var oppfylt, men tok ikkje endeleg stilling til om det faktisk låg føre ei ulovleg direkte anskaffing. KOFA meiner dommen baserer seg på feil rettsbruk, og han vil derfor bli anka. KOFA har også nyleg blitt stemna i gebyrsaka mot Utanriksdepartementet, Scanteam.

I tillegg arrangerte vi for første gong ein digital konferanse som forhåpentlegvis gav dykk gode faglege innspel trass i manglande høve til å delta på fysiske konferansar.



Monetære evalueringsmodellar

Det følger av anskaffingsforskrifta at oppdragsgivar skal velje tilbod på grunnlag av anten pris, kostnad eller det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet. I det sistnemnde tilfellet må oppdragsgivar også ha tenkt gjennom korleis pris og kvalitet skal samanliknast. Kor mykje er ein villig til å betale for eventuelle kvalitetsforbetringar?

Korleis oppdragsgivar går fram for å samanlikne pris og kvalitet, blir ofte kalla for ein evalueringsmodell eller evalueringmetode. Dei mest populære modellane er dei relative poengmodellane, men slike modellar har sine svakheiter. Fleire vil av den grunn meine at dei relative modellane «*bør brukas med forsiktighet*». Ein annan – og kanskje betre – måte å evaluere tilboda på, som blir anbefalt i økonomisk teori, er å bruke pris som samanlikningsgrunnlag i staden for poeng.

I to saker som nyleg er behandla av Klagenemnda for offentlege anskaffingar, tek nemnda stilling til oppdragsgivar sin bruk av to slike monetære evalueringsmodellar.

Ein monetær evalueringsmodell inneber kort sagt at tilbodsprisen blir justert opp eller ned som følgje av kvalitative styrkar og svakheiter ved tilboda. Tilbodet med den lågaste justerte evalueringsprisen vinn konkurransen.

I sak 2019/589 hadde oppdragsgivar gjort nettopp dette. Det gjekk fram av konkurransegrunnlaget at kontrakten ville bli tildelt leverandøren med lågast konkurransesum. Konkurransesummen var summen av den prisen som var tilboden, minus dei beløpa som eventuelt blei trekte frå ved vurderinga av dei to alitative kriteria.

Denne evalueringsmodellen var ifølgje klagar ikkje eigna til å identifisere tilbodet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet.

Dette var ikkje klagenemnda samd i. Ifølgje nemnda blir oppdragsgivar med ein modell som denne – der oppdragsgivar prisar leverandørane si oppfyljing av dei kvalitative tildelingskriteria – tvert imot «*bevisst sin egen betalingsvillighet*» (avsnitt 57). Modellen var vidare verken mindre føreseieleg eller vanskelegare å etterprøve enn andre (meir utbreidde) modellar. Påstanden frå klagar om ulovleg evalueringsmodell førte derfor ikkje fram.

I sak 2019/742 ville leverandørane si utteljing på dei kvalitative kriteria på tilsvarande måte bli tildelt ein kroneverdi, som deretter ville bli trekt frå tilbodsprisen. Totalt var det mogeleg å oppnå eit fråtrekk på 90 millionar kroner. Evalueringsmodellen var ifølgje klagar uklart angitt i konkurransegrunnlaget.

Dette var ikkje klagenemnda samd i. Evalueringsmodellen som blei brukt, gav ifølgje nemnda potensielle tilbydarar høve til å vite «*hvordan hvert enkelt evalueringskrav var verdsatt*», og til å få ei viss oppfatning om berekna sluttsum på eige tilbod (avsnitt 42). Som framheva av nemnda i sak 2019/589 blir oppdragsgivar også «*bevisst sin egen betalingsvillighet*» (avsnitt 41). Påstanden frå klagar om at evalueringsmodellen var ulovleg, førte dermed ikkje fram.

Kva er kvalitet?

Det følger av anskaffingsforskrifta at oppdragsgivar skal velje tilbod på grunnlag av anten pris, kostnad eller det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet. Eit fleirtal av oppdragsgivarar vel det siste. I tillegg til pris blir kvalitet i ein eller annan variant jamleg brukt som tildelingskriterium.

Men av grunngevinga for valet av leverandør er det ikkje alltid heilt enkelt å forstå kva for kvalitet oppdragsgivar faktisk verdset. Klagenemnda har derfor i ei rekkje saker konstatert brot på runngivingsplikta eller kravet om moglegheit til etterprøving i anskaffingslova § 4, fordi oppdragsgivar ikkje har gjort greie for kva konkrete eigenskapar ved det vinnande tilbodet som førte til at det blei vurdert som betre eller like godt som dei forbigåtte tilboda, jf. seinast i sak 2020/204.

I sak 2020/297 og 2020/295 går klagenemnda lenger.

Tildelingskriteria var i begge tilfelle pris og kvalitet. I sak 2020/297, som gjaldt kjøp av ei avhendingsordning for brukt IT-utstyr, hadde oppdragsgivar presisert at dei ville leggje vekt på leverandørane si «*[b]eskrivelse av hele verdikjeden fra henting av utstyret hos kunde til salg og avhending*». I sak 2020/295, som gjaldt etablering av bustader i eit tidlegare sjukeheimsbygg, ville ein på tilsvarande måte leggje vekt på leverandørane si «*[b]eskriving av tilbodne bustader*».

Det som var avgjerande for at den valde leverandøren sitt tilbod blei vurdert som betre enn dei andre tilboda, var i begge sakene at leverandøren gav ei betre beskriving. Men beskrivinga, uttaler klagenemnda, er ikkje ein eigenskap ved ytinga. Slik nemnda såg det, hadde oppdragsgivar derfor i begge tilfelle gått utanfor dei rettslege rammene for skjønnsutøvinga ved evalueringa av tilboda.

I sak 2020/297 blir dette uttrykt slik:

[...] Klagenemnda forstår det [...] slik at innklagede har vektlagt hvor gode beskrivelsene er isolert sett, og ikke som beskrivelser av egenskaper ved den tjenesten som tilbys. Innklagede har med dette vektlagt forhold i strid med kravet til forutberegnelighet, samt forhold som ikke lovlig kan vektlegges da det ikke sier noe om egenskapene ved tjenesten som skal leveres. (2020/297, avsnitt 36)

I sak 2020/295 skriv nemnda på tilsvarande måte at:

(45) I forbindelse med behandlingen av saken for klagenemnda er det vist til at valgte leverandør leverte en «grundig og god beskriving av den leveransen dei ville tilby. Dei har levert egne leveransebeskrivingar for både personalbasen, omsorgsbustadane, og leilegheitene.» Det er vidare vist til at valgte leverandør samlet sett har levert «ei meir omfattande beskriving enn kva Allbygg har». Det er altså kun vist at innklagede har vektlagt hvor gode besvarelsene er isolert sett, og ikke egenskapene ved leveransen som tilbys. (2020/295, avsnitt 45)

Vare-, teneste- eller byggje- og anleggskontrakt?

Klagenemnda har i fire nyleg avgjorde saker behandla spørsmål om korleis den aktuelle anskaffinga skal klassifiserast.

Om ei anskaffing er ein vare-/tenestekontrakt eller ein byggje- og anleggskontrakt, har avgjerande betydning for kva terskelverdi som gjeld. Dette er igjen avgjerande for om oppdragsgivar har plikt til å kunngjere anskaffinga – og om ho i så fall skal kunngjerast etter del II eller del III i forskrifta.

Av dei fire avgjerdene som KOFA no har avsagt, og av tidlegare praksis frå både EU-domstolen og klagenemnda, går det fram at det er hovudelementet i kontrakten som er avgjerande.

Oppdragsgivar sjølv hadde – i alle dei fire nemnde sakene – klassifisert kontrakten som ein byggje- og anleggskontrakt. Men i tre av sakene kom nemnda fram til at kontrakten i realiteten var ein vare- eller tenestekontrakt.

I den første saka, 2019/668, skulle leverandørane byggje eit amfi og i tillegg levere og montere kinostolar. Det var klart at anskaffinga omfatta både byggje- og anleggsarbeid og varekjøp. Hos leverandørane var det òg forskjell på kva for eit av desse to elementa – levering av stolar eller bygging av amfi – som var prisa høgast. Klagenemnda fann ikkje grunnlag for å setje til sides den innklaga si vurdering av at bygginga av amfiet utgjorde hovudelementet i kontrakten. Kontrakten var dermed korrekt klassifisert som ein byggje- og anleggskontrakt.

Sak 2019/682 gjaldt kunngjering av ein rammeavtale om kjøp og transport av grusmassar og om mottak av returmassar. Grusmassane skulle nyttast i framtidige byggje- og anleggsprosjekt som den innklaga skulle utføre i eigen regi. Transport og mottak av returmassar skulle også utførast i samband med dette. Klagenemnda fann at aktivitetane leverandøren ifølgje kontrakten skulle utføre, ikkje kunne klassifiserast som byggje- og anleggsarbeid, jf. anskaffingsforskrifta § 4-1 bokstav e. Kontrakten var ei blanda anskaffing, der varekjøpet utgjorde hovudelementet. At kjøp og transport av massar skulle skje i samband med byggje- og anleggsprosjekt, endra ikkje på dette:

En så vid forståelse av hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt som innklagede her gir uttrykk for, vil føre til en innskrenking av direktivets virkeområde og representere en omgåelse av regelverket, jf. også EFTA-domstolens uttalelse i E-7/19 Tak, avsnitt 54.

Sak 2020/672 gjaldt anskaffing av eit nytt driftskontrollsystem for vatn og avløp. Det avgjerande for klagenemnda i denne saka var at kjøp av varer såg ut til å vere hovudføremålet med anskaffinga. Varene skulle installerast og monterast, men sett i lys av forsyningsforskrifta § 4-1 bokstav b, som opnar for at ein varekontrakt kan inkludere monterings- og installasjonsarbeid, endra ikkje dette nemnda sitt syn på at kontrakten i realiteten var ein varekontrakt. Synspunktet blei ytterlegare underbygt ved at evalueringa av kvaliteten på tilboda utelukkande var basert på kvaliteten på den tilbodne løysinga.

Sak 2019/741 gjaldt kjøp av ein brukt brakkerigg tilpassa skulebruk. For spørsmålet om klassifisering av kontrakten var det avgjerande for klagenemnda at leverandøren ikkje skulle yte noka form for arbeid i samband med oppfyllinga av kontrakten. Den innklaga hadde inngått ein rein kjøpskontrakt. Kontrakten var derfor ein varekontrakt, jf. forskrifta § 4-1 bokstav b, og var feilaktig klassifisert som ein byggje- og anleggskontrakt.

Som dei ovannemnde sakene illustrerer, er klassifiseringa av kontrakten basert på ei helt konkret vurdering, mellom anna av kva kontraktsforplikningar leverandøren tek på seg. I tilfelle der det er snakk om ei blanda anskaffing, er det hovudelementet i kontrakten som er avgjerande.

Erstatning for brot på anskaffingsregelverket

Det følger av klagenemndsforskrifta § 12 at klagenemnda ikkje skal uttale seg om dei rettslege konsekvensane av brot på regelverket. Avgjerda frå klagenemnda går utelukkande ut på om oppdragsgivar har brote regelverket eller ikkje.

Dersom nemnda finn grunn til det, kan ho likevel uttale seg om vilkåra for å krevje erstatning ifølgje nemnda er oppfylte, jf. klagenemndsforskrifta § 12 andre ledd siste setning.

I klager til KOFA blir nemnda ofte beden om å ta stilling til om vilkåra for å krevje erstatning er oppfylte.

Men dette høvet til å uttale seg om vilkåra for å krevje erstatning tek nemnda som ein klar hovudregel aldri i bruk.

Om klagar, som følgje av oppdragsgivaren sitt brot på regelverket, har krav på erstatning, er eit vanskeleg spørsmål. Rettspraksis frå tida både før og etter Høgsteretts avgjerd i HR-2019-1801-A (Fosenlinjen) viser kor vanskeleg denne vurderinga tidvis kan vere.

Men ei avklaring av om vilkåra er oppfylte, får ein ikkje frå KOFA. Ei slik avklaring må klagar i første omgang be om direkte frå oppdragsgivar, og eventuelt i domstolane.

Sakleg grunn til avlysing?

Klagenemnda har i seks nyleg avgjorde saker behandla spørsmål om det ligg føre sakleg grunn til å avlyse konkurransen.

I ei av desse sakene var klagenemnda samd med den innklaga i at den innklaga hadde sakleg grunn til å avlyse konkurransen. I dei andre sakene kom klagenemnda til at den innklaga ikkje hadde sakleg grunn til avlysing, anten fordi det ikkje var påvist at feilen hadde påverka deltakarinteressa eller utfallet av konkurransen, eller fordi klagenemnda meinte at feilen kunne ha blitt retta på andre måtar enn ved avlysing. Det blir gjennomgåande stilt større krav til grunngevinga jo lenger oppdragsgivar har komme i anskaffingsprosessen.

I sak 2019/329 tok klagenemnda stilling til om manglande konkurranse utgjorde sakleg grunn til avlysing. Saka gjaldt anskaffing av bussdrift. Etter tildeling kom den innklaga fram til at tilbodet frå den valde leverandøren måtte avvisast. Den innklaga stod då igjen med eitt tilbod: klagaren sitt. Klagenemnda kom til at den innklaga hadde sakleg grunn til å avlyse konkurransen. I denne vurderinga la nemnda vekt på at tilbodet frå klagaren – som var det einaste attverande – var det dårlegaste tilbodet av dei to, og at det dermed var forretningsmessige grunnar til å avlyse konkurransen og lyse han ut på nytt.

I dei neste tre sakene, 2020/116, 2020/525 og 2020/678, tok klagenemnda stilling til om påståtte feil i konkurransegrunnlaget eller tildelingsevalueringa gav sakleg grunn til avlysing. I alle tre sakene kom klagenemnda til at det ikkje var sannsynleggjort at feilen hadde hatt innverknad på deltakarinteressa eller utfallet av konkurransen.

I sak 2020/116, som gjaldt ein rammeavtale om slamtømmingstenester, viste den innklaga nærmare bestemt til at konkurransegrunnlaget og kunngjeringa inneheldt motstridande opplysningar om eventuelle forhandlingar. Denne motstriden, uttalte klagenemnda, kunne ikkje ha påverka verken utfallet av eller interessa for å delta i konkurransen. Slik klagenemnda såg det, låg det heller ikkje føre ei reell usikkerheit om dette. Vilåret om sakleg grunn til avlysing var derfor ikkje oppfylt.

I sak 2020/525 hadde den innklaga gjennomført ein konkurranse for anskaffing av uttakssentralar til operasjonsrom. Konkurransen blei avlyst som følgje av ei klage med påstand om at den innklaga hadde gjort ein feil under evalueringa av tildelingskriteriet totalkostnad, og at det låg føre uklarleikar i konkurransegrunnlaget knytt til evalueringsmodellen. Klagenemnda kom til at det ikkje var godtgjort at evalueringsmodellen var uklar, eller at denne eventuelle feilen berre kunne rettast ved avlysing. Den innklaga hadde derfor ikkje sakleg grunn til å avlyse konkurransen.

Sak 2020/678 gjaldt anskaffing av medisinsk utstyr. Etter tildeling av kontrakt avlyste den innklaga konkurransen. Avlysinga blei gjort på bakgrunn av ei oppfatning om at prisevurderingsmodellen var ulovleg. Dette medførte ifølgje den innklaga at dei hadde plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda fann på si side at prisevurderingsmodellen var lovleg. Den innklaga hadde ikkje vist til andre grunnar til å avlyse konkurransen. Klagenemnda kom dermed til at den innklaga ikkje hadde gitt ein sakleg grunn til å avlyse konkurransen.

Sakene 2020/364 og 2020/723 gjeld også spørsmålet om ein feil i konkurransegrunnlaget kan utgjere ein sakleg grunn til avlysing. Feilen bestod i dei to sakene av at den innklaga ikkje hadde teke med høvesvis materialkostnader og serviceavtalar i konkurransegrunnlaget, sjølv om ein opphavleg hadde ønskt å inkludere dette i anskaffinga. I begge sakene blei konkurransen avlyst etter at kontrakten var tildelt.

På dette tidspunktet, påpeiker klagenemnda, er terskelen for sakleg grunn til avlysing høgare. Dei påstytte manglane i konkurransegrunnlaget var forhold som den innklaga både kunne og burde ha teke stilling til før konkurransen blei kunngjord, og seinast før kontrakten blei tildelt. Konkurransegrunnlaget hindra heller ikkje den innklaga i å anskaffe dei utelatne varene eller tenestene via andre kunngjorde kontraktar. Den innklaga hadde dermed ikkje sakleg grunn til å avlyse konkurransen.

Avgrensingar i sidetal skapar hovudbry

Klagenemnda for offentlege anskaffingar har det siste året sett eit aukande tal saker om sidetalsavgrensingar.

Oppdragsgivarar stiller gjerne krav om avgrensing i sidetal for å gjere det enklare å gjennomgå og samanlikne tilboda. Ved å ikkje ta omsyn til avgrensinga kan leverandørar få større mogelegheit til å synleggjere meirverdi. Dette kan føre til at dei får ein konkurransefordel som gjer det vanskelegare å samanlikne tilboda. For å overhalde krava til likebehandling og føreseielegheit i anskaffingslova § 4 må oppdragsgivar derfor handtere eventuelle overskridingar av sidetalsavgrensinga på ein forsvarleg måte. Som det går fram av ein fersk Anbud365-artikkel om temaet, er det elles tilrådd at oppdragsgivar gir føringar for skriftstorleik, skrifttype, linjeavstand og marg. Dette for å redusere risikoen for kreative løysingar hos leverandørane, noko som gjer det vanskelegare å samanlikne tilboda.

Korleis ein skal handtere brot på bestemmingane om sidetalsavgrensing i konkurransegrunnlaget, er ei vurdering som oppdragsgivar må gjere, men det krevst altså at framgangsmåten ligg innanfor rammene av § 4 i lova. I verste fall risikerer leverandørane at tilbodet blir avvist, eller at oppdragsgivar berre evaluerer delar av tilbodet.

Eit eksempel på at oppdragsgivar, etter klagenemnda si oppfatning, ikkje hadde handtert den aktuelle overskridinga på ein forsvarleg måte, finn vi i sak 2020/380. I denne konkurransen var det stilt krav om at løysingsbeskrivinga til tilbydarane skulle vere på «maksimum tre A4-sider». Når klagar, i mappa som inneheldt «leverandørens løsningsforslag», leverte eit skriv på seks A4-sider, vurderte den innklaga det derfor slik at klagar hadde brote sidetalsavgrensinga. For denne overskridinga på tre sider blei klagar trekt 20 poeng.

Dette poengtrekket var ifølgje klagenemnda ikkje i samsvar med dei grunnleggjande krava til likebehandling og føreseielegheit. Poengtrekk for overskriding av ei sidetalsavgrensing, seier nemnda, føreset at oppdragsgivar har gjort seg opp «en begrunnet oppfatning av om overskridelsen faktisk innebærer en potensiell konkurransefordel» (avsnitt 26). Det var ikkje spor av at den innklaga hadde gjort ei slik vurdering, som ifølgje nemnda ville ha vist at klagaren sitt løysingsforslag reelt sett låg innanfor grensa på tre A4-sider.

I sak 2020/410 inneheldt konkurransegrunnlaget på tilsvarende måte ei bestemming om at leverandørane si oppdragsforståing skulle vere på «maksimalt én side». Tilbodet frå den valde leverandøren var på totalt 17 A4-sider, og det var delt inn i ei rekkje overskrifter og underoverskrifter. Men ifølgje den innklaga var det berre éi av sidene som inneheldt leverandøren si oppdragsforståing.

Dette var ikkje klagenemnda samd i. Slik nemnda vurderte det, var det fleire av opplysningane frå fleire av dei 17 sidene som reelt sett inneheldt oppdragsforståinga til den valde leverandøren. Av tildelingsbrevet gjekk det også fram at oppdragsgivar, ved evalueringa av oppdragsforståinga til den valde leverandøren, hadde teke omsyn til andre delar av tilbodet. På bakgrunn av dette fann klagenemnda at den innklaga hadde brote dei generelle krava til likebehandling og føreseielegheit i § 4 i lova ved å ikkje handheve sidetalsavgrensinga.

Andre saker om sidetalsavgrensingar frå det siste året er sak 2019/30 og sak 2019/199.