



# Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

Første halvår i 2021 er tilbakelagt og det er stor produksjon i Klagenemnda for offentlige anskaffelser. I skrivende stund er 120 klagesaker behandlet, og saksbehandlingstiden har gått betydelig ned siden januar. Hvis man leverer inn en klage på en rådgivende sak i dag kan man regne med en saksbehandlingstid på ca 5 måneder. KOFA er altså nå nærme målet om 3 måneders saksbehandlingstid for rådgivende saker.

KOFA- konferansen ble avlyst tidlig i 2021 på grunn av usikkerheten med Covid- 19. Men fortvil ikke: Konferansens faste og mest populære innslag med advokat og nemndsmedlem Kristian Jåtog Trygstad vil bli lagt ut gratis på vår hjemmeside i løpet av høsten. På denne måten vil du kunne bli oppdatert på det aller viktigste, nemlig de viktigste avgjørelsene som KOFA har avgjort det siste året.

I dette nyhetsbrevet kan du lese om følgende tema fra siste KOFA praksis:

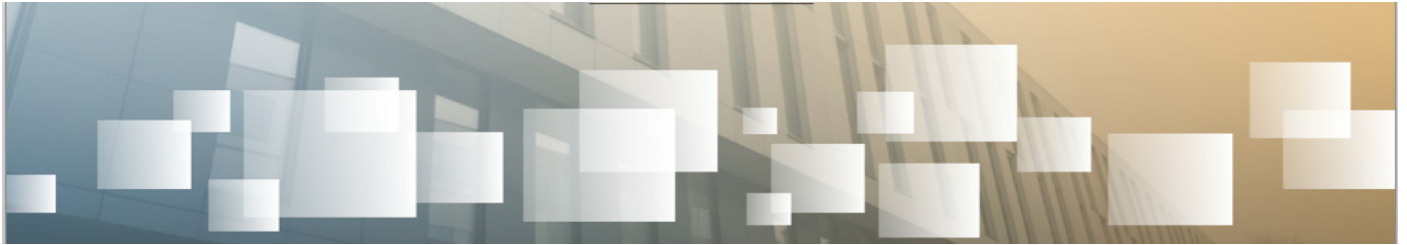
- 1. Standardisering av avviksvurdering**
- 2. Etske tildelingskriterier og tilknytningskravet**
- 3. Samspillsentreprise**
- 4. Sertifisering som krav i kravspesifikasjonen**
- 5. Dom i sak om regelverkets geografiske virkeområde**

## Standardisering av avviksvurdering

Normen er at avvik i tilbudet skal vurderes konkret, og prissettes ut fra hva det maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver basert på en forsvarlig og saklig vurdering. I sak 2020/989 hadde innklagede lagt opp til en standardisering av hvordan avvik skulle prissettes.

Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at dersom prisposter i prisskjemaet ikke var utfylt, ville innklagede fylle disse ut med 70 prosent av gjennomsnittsprisen fra de øvrige tilbudene. Et av klagers argumenter for at denne fremgangsmåten var ulovlig, var at dette ga leverandører med avvik et konkurransefortrinn. Nemnda kom til at denne måten å vurdere avvik i tilbudene på ikke var i tråd med regelverket.

Etter klagenemndas syn kunne det ikke tillegges vekt at metoden for prissetting av avvik var tydelig formidlet i konkurransegrunnlaget.



## Etiske tildelingskriterier og tilknytningskravet

Det følger av anskaffelsesforskriften at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. I sak 2021/60 skulle innklagede inngå rammeavtale om kjøp av datautstyr, og hadde i den forbindelse oppstilt etiske tildelingskriterier med tilhørende underkriterier. Klagenemnda tok stilling til om tildelingskriteriet hadde den nødvendige tilknytningen til leveransen.

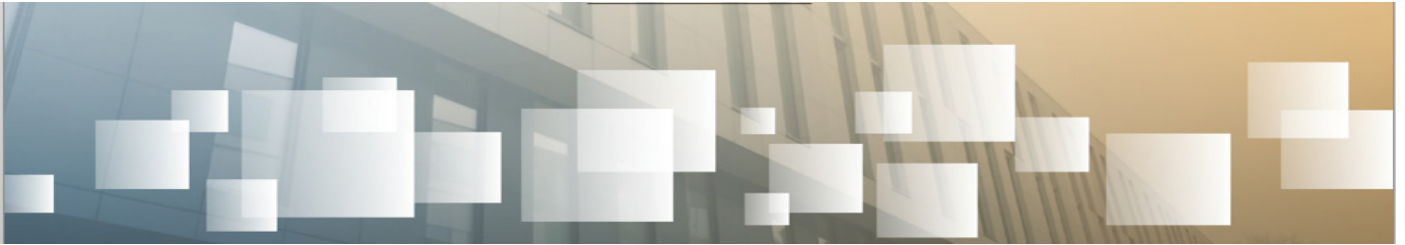
Bruken av konfliktmineraler i produksjon av maskinvare og forhold ved produksjonsstedet med mer, gjør at dette markedet er utsatt for brudd på arbeidstaker- og menneskerettigheter. For å bøte på dette oppstilte innklagede kvalifikasjonskrav, etiske kontraktsvilkår og etiske tildelingskriterier.

Tilknytningskravet medfører at kriteriet må knytte seg til hvordan produktene anskaffelsen gjelder blir produsert, omsatt og/eller levert.

Etter en konkret vurdering kom klagenemnda til at to av underkriteriene manglet tilknytning til leveransen, og at de etiske tildelingskriteriene derfor var ulovlig.

Det ene underkriteriet gjaldt kapasitetsbygging knyttet til forsynings- og produksjonsleddene. Klagenemndas oppfatning var at markedets struktur gjør at leverandørene sjelden står i posisjon til å påvirke de globale aktørene som produserer datautstyr gjennom kapasitetsbyggende tiltak. Det var derfor vanskelig å måle hvilken effekt kapasitetsbyggende tiltak hadde for produksjon eller handel med det datautstyret anskaffelsen gjaldt. Kriteriet la også opp til en vurdering av valg av produsent. Dersom kriteriet hadde lagt opp til valg av en produsent som forpliktet seg til å overholde arbeids- og menneskerettigheter, ville det etter nemndas syn hatt den nødvendige tilknytning til det aktuelle datautstyret. Kriteriets utforming la imidlertid ikke opp til en slik forpliktelse.

Det andre underkriteriet gjaldt eksterne samarbeid i forsyningskjeden. Klagenemnda viste til at eksterne samarbeid med ideelle organisasjoner o.l. generelt er rettet mot hele markedet, og bærer preg av langsiktige prosesser hvor man arbeider for en gradvis utvikling. Det ble også vist til at merkeordningene for eksterne samarbeid ikke knytter seg direkte til hvert enkelt produkt, slik tilfellet er for eksempelvis økologiske merker eller Fair Trade-merker for dagligvarer, som samtidig sier noe om produksjonen av eller handelen med produktet.



## Samspillsentreprise

Det følger av anskaffelsesforskriften at oppdragsgiveren skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Særtrekket ved en samspillsentreprise er at leverandøren som tildeles kontrakten vil være ansvarlig for å videreutvikle tilbud sitt etter tilbudstidspunktet. Dette kan ha betydning for vurderingen av om et avvik er vesentlig, fordi oppdragsgiver som et utgangspunkt vil ha noe større fleksibilitet dersom det er slik at avviket kan håndteres i samspillsfasen.

I sak 2020/489 skulle innklagede inngå en totalentreprisekontrakt med samspill for oppføring av ny videregående skole i Kaupanger. Ved skolen skulle det drives trafikkopplæring, og det var stilt krav om at øvelsesområdet måtte ha en størrelse på 65\*65 meter. Valgte leverandørs tilbud hadde ikke den etterspurte størrelsen på øvelsesområdet. Klagenemnda tok stilling til om dette var et vesentlig avvik

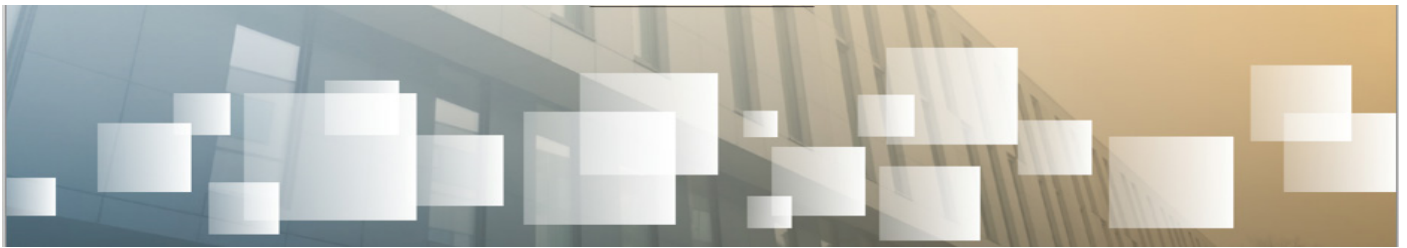
En forutsetning for at et avvik skal kunne rettes i samspillsfasen, er at avviket ikke har gitt leverandøren en konkurransefordel ved evalueringen, i strid med kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 4.

Valgte leverandørs tilbudte løsning innebar et stort avvik fra kravet til størrelsen på øvelsesområdet. Slik saken lå an, var en særlig utfordring ved prosjektet at utbyggingsområdet var lite sammenholdt med funksjonene innklagede ønsket å oppnå. Derfor ville retting av selv små avvik fort være egnet til å forrykke konkurransen.

Slik klagenemnda så det, var det ikke mulig å håndtere avviket i samspillsfasen på en måte som ivaretok prinsippet om likebehandling og som ga oppdragsgiver et forsvarlig grunnlag for å sammenligne tilbudene.

På denne bakgrunn kom klagenemnda til at valgte leverandørs tilbud inneholdt et vesentlig avvik, og at innklagede dermed brøt regelverket ved ikke å avvise deres tilbud.

Dersom du er interessert i å lese flere av klagenemndas avgjørelser i saker som gjelder samspillsentrepriser, kan du se sak 2019/41 og 2019/277.



## Dom i sak om regelverkets geografiske virkeområde

I klagenemndas gebyrvedtak 2018/157 ble Staten v/Utenriksdepartementet ilagt et gebyr på én million kroner for ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester i forbindelse med et menneskerettighetsprosjekt i Angola. Oppdragsgiver var Den kongelige norske ambassaden i Luanda. Spørsmålet i saken var om det forelå plikt til å kunngjøre anskaffelsen i den europeiske offisielle databasen for kunngjøringer (TED-databasen), eller om anskaffelsen var unntatt slik kunngjøring fordi den var foretatt av Norges utenriksstasjon i et tredjeland (utenfor EØS). Klagenemnda innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen og fant deretter at den aktuelle anskaffelsen hadde slik tilknytning til EØS at EØS-avtalens anskaffelsesregler kom til anvendelse.

I dom fra Oslo tingrett av 10. juni 2021 ble KOFA frifunnet i søksmålet fra Staten v/Utenriksdepartementet.

Tingretten var enig med klagenemnda i at saksøker hadde handlet uaktsomt, og støttet seg til nemndas vurdering. Tingretten uttalte blant annet:

«Å konsekvent legge til grunn at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse kun fordi utenriksstasjonen lå utenfor EØS-området, selv der anskaffelsen hadde nær tilknytning til EØS, kan etter det som er gjengitt ovenfor ikke anses som en aktsom vurdering, basert på det kildegrunnlaget som ledet frem til denne konklusjonen. Retten er imidlertid enig med KOFA i at uaktsomheten ligger i nedre sjikt av skyldkravet i loven.»

Retten var også enig med klagenemnda i at uaktsomheten tilsa ileggelse av gebyr, og at et gebyr på 5 prosent av anskaffelsens verdi var riktig. I formildende retning ble det vektlagt at anskaffelsen var kunngjort i DOFFIN, og at det dermed var gjennomført en konkurransen om den aktuelle kontrakten.

Ankefristen for Utenriksdepartementet er én måned fra dommen ble gjort kjent.

Klagenemndas vedtak kan leses her.

Dommen kan leses her.



## Sertifisering som krav i kravspesifikasjonen

Det følger av anskaffelsesforskriften at kravene i kravspesifikasjonen skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi.

I sak 2021/120 skulle innklagede kjøpe ventilasjon og kuldetekniske ytelser i forbindelse med påbygg, rehabilitering og service på innklagedes bygningsmasse. I kravspesifikasjonen var det stilt krav om at utførende personell måtte være sertifisert i henhold til den reviderte EU-forordningen for F-gass-sertifisering. Klagenemnda tok stilling til om dette var et ulovlig krav.

Forordningen krever at operatører av anlegg eller utstyr som inneholder fluorholdige drivhusgasser, har nødvendig utdanning og sertifisering. Klagers personell var sertifisert etter den tidligere forordningen. Klagers sertifiseringer var fremdeles gyldige og klagers personell kunne derfor lovlig gjennomføre de arbeidsoppgavene anskaffelsen gjaldt.

Klagenemnda kom til at oppdragsgivere måtte ha anledning til å stille krav til ytelsen som er strengere enn det som er minimumskravet for at ytelsen lovlig kan leveres, så lenge kravet er forholdsmessig. Sertifisering etter den reviderte forordningen innebar en betydelig skjerping av regelverket for f-gasser. Det var derfor ikke uforholdsmessig å stille krav om sertifisering etter den nye forordningen. Klagenemnda kom til at kravet hadde tilknytning til leveransen og stod i forhold til anskaffelsens formål og verdi.

*Vi ønsker våre lesere en riktig god sommer!*