



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Hausten 2021 er saksbehandlingstida til KOFA stadig på veg nedover. For uprioriterte rådgivande saker er saksbehandlingstida no på rundt fem månader. Målet om ei gjennomsnittleg saksbehandlingstid på tre månader for rådgivande saker i januar 2022 er innanfor rekkjevidde. Dersom ein leverer inn ei klage på ei rådgivande sak i dag, kan ein altså rekne med ei saksbehandlingstid på tre månader.

Talet på innkomne saker held seg høgt og stabilt. Gebyrsakene utgjer ein stor del av dei innkomne sakene, nesten 60 prosent.

Årets KOFA-konferanse er avlyst, men i slutten av oktober vil Klagenemndssekretariatet publisere eit innlegg med gjennomgang av sentrale KOFA-avgjerder.

I dette nyheitsbrevet kan du lese om følgjande tema frå siste KOFA-praksis:

- søksmål mot gebyrvedtak om anskaffing av IKT-drift og utstyrskjøp
- val av evalueringsmetode og normalisering
- verkeområdet for regelverket – offentligrettsleg organ
- val av leverandør gjennom terningkast

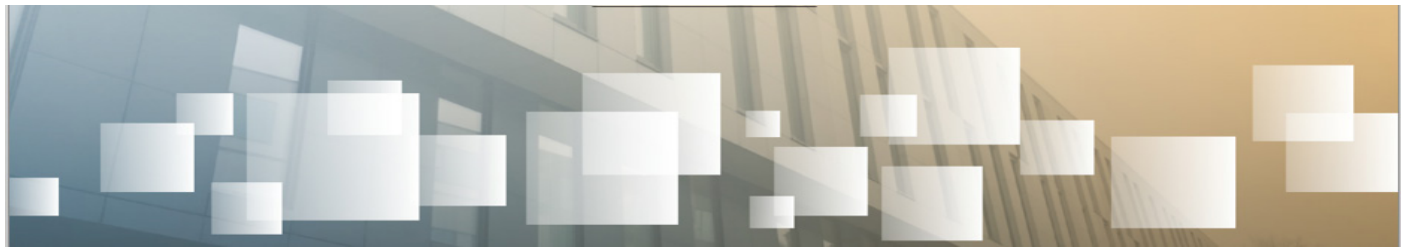
Søksmål i sak om ulovleg direkte anskaffing av IKT-driftstenester med tilhøyrande utstyrskjøp

Klagenemnda har i gebyrvedtak 2018/568 pålagt Bodø kommune eit gebyr på 11 599 000 kroner for ulovleg direkte anskaffing av IKT-driftsteneste og tilhøyrande utstyrskjøp.

Klagenemnda kom til at den innklaga sitt kjøp av kontorutstyr på rammeavtalen utgjorde ei ulovleg direkte anskaffing. Rammeavtalen inneheldt ikkje kontraktsvilkår om pris som skulle danne grunnlag for avropsavtalar. Den innklaga sitt avrop på kontorutstyr kunne dermed ikkje forankrast i rammeavtalen, og utgjorde derfor ei ulovleg direkte anskaffing. Nemnda kom også til at avtalen var vesentleg endra ved at den innklaga betalte for tenester som vederlagsfritt skulle inngå i implementeringsprosjektet i avtalen, og at den innklaga betalte fullt vederlag for driftstenesta før implementeringsprosjektet var godkjent. For desse regelbrota blei den innklaga pålagt eit gebyr på 10 prosent av verdien av anskaffinga.

Klagenemnda kom vidare til at avtalen var vesentleg endra ved at den innklaga overførte drifta av enkelte applikasjonar frå den innklaga sin eigen server («on premise») til den valde leverandøren sin server (PaaS). For dette blei den innklaga pålagt eit gebyr på 5 prosent av verdien av anskaffinga.

Bodø kommune har innan søksmålsfristen teke ut søksmål mot KOFA for Oslo tingrett, med påstand om at kommunen blir frifunnen. Tidspunkt for saka er ikkje fastsett.



Val av evalueringsmetode og normalisering

I sak 2021/1000 tok nemnda – i stornemnd – stilling til om oppdragsgivarar på generelt grunnlag må normalisere poengskåren på tildelingskriteria for å vareta den oppgitte vekta til tildelingskriteria.

I saka fekk tilbodet med lågast pris maksimal utteljing på 10 poeng. Men det blei ikkje gitt maksimal utteljing til tilbodet med best prosjektorganisasjon og kompetanse. Klagar hevda at det beste tilbodet i konkurransen måtte få 10 poeng også på det kvalitative tildelingskriteriet, og at mangelen på ei slik normalisering av poengutteljinga medførte ei forskyving av vekta til tildelingskriteria.

Klagenemnda kom til at det ikkje er grunnlag for ei generell anbefaling om normalisering, sjølv om det i enkelte tilfelle kan vere riktig. Det avgjerande for nemnda er viss evalueringsmetodane sikrar at eit fortrinn på eit tildelingskriterium kan bli utlikna av eit tilsvarande fortrinn på eit anna kriterium.

Klagenemnda viser til at ei normalisering kan gi uønskte og uriktige utslag. Dette vil særleg gjelde tilfelle der det kvalitativt beste tilbodet har relativt låg kvalitet. Då kan det bli mange kvalitetspoeng å fordele på eit lite kvalitetsintervall. Dette kan føre til at små kvalitetsforskjellar får uforholdsmessig stor betydning i den samla vurderinga av tildelingskriteria.

I denne konkrete saka hadde den innklaga forklart at poengskåren tilboda fekk på tildelingskriteriet, spegla dei relevante forskjellane i tilboda. Klagenemnda kom til at evalueringsmetoden var lovleg, og at det dermed ikkje låg føre brot på regelverket.

I kjølvatnet av saka har det blitt skriva ei rekkje artiklar på Anbud365. DFØ uttalte i ein artikkel frå 30. august 2021 at dei vil publisere ei oppdatert rettleiing i løpet av hausten.

Verkeområdet for regelverket – offentlegrettsleg organ

Anskaffingsregelverket gjeld mellom anna for offentlegrettslege organ. I sak 2020/788 var spørsmålet om BKK AS, morselskapet i BKK-konsernet, er eit offentlegrettsleg organ.

Eit offentlegrettsleg organ må ifølgje forskrifta mellom anna vere oppretta for å tene behova til allmenta, utan å vere av industriell eller forretningsmessig karakter.

Klagenemnda tok først stilling til om BKK AS var av industriell eller forretningsmessig karakter.

Føremålet til BKK AS er i stor grad samanfallande med føremåla til dotterselskapa. Det var derfor vanskeleg å vurdere verksemda til morselskapet åtskilt frå verksemda til dotterselskapa og marknadene dei opererer innanfor.

BKK Nett AS og BKK Varme AS, som er to av dotterselskapa til BKK AS, er omfatta av anskaffingsregelverket. Klagenemnda vurderte om dette medfører at BKK AS kan ta andre omsyn enn forretningsmessige når dei gjer innkjøp, og om dette fell utanfor det industrielle eller forretningsmessige området.



I BKK Nett AS sitt tilfelle gjeld energilovgivinga sitt krav til funksjonelt og selskapsmessig skilje. I tråd med krava i energilovgivinga blir nettverksemda halden åtskild frå anna verksemd i konsernet. Klagenemnda viste til at den delen av konsernet si omsetning som stammar frå BKK Nett AS, ikkje kan brukast til å krysssubsidiere andre selskap i konsernet, eller gi desse særlege fordelar.

Klagenemnda fann at det ikkje var nødvendig å ta endeleg stilling til om BKK Varme AS opererer utanfor det industrielle eller forretningsmessige området. Selskapet stod i 2019 for 4,48 prosent av konsernet si totale omsetning, noko som etter nemnda sitt syn utgjorde ein for liten del av konsernet si totale omsetning til at det medførte risiko for at den innklaga lèt seg leie av andre omsyn enn økonomiske ved sine innkjøp.

Klagenemnda kom på bakgrunn av dette til at BKK AS dreiv økonomisk verksemd på normale marknadsvilkår, og at verksemda var av industriell eller forretningsmessig karakter. Vilkåra for å vere eit offentlegrettsleg organ var dermed ikkje oppfylte.

Val av leverandør gjennom terningkast

Det følgjer av klagenemndsforskriftera at ei klage kan avvisast dersom det ikkje er føremålstenleg å behandle ho i klagenemnda.

Sak 2021/24 gjaldt ein konkurranse der valet av leverandør blei avgjort ved terningkast, utan at leverandørane fekk vere til stades. Tilbydarane fekk heller ikkje opplysningar om at valet blei avgjort ved terningkast fordi fleire av tilboda blei vurderte likt. Den innklaga viste til at ein ville røpe einingsprisar ved å gi opplysningar om dette.

Klagar kravde mellombels åtgjerd for Nord-Troms tingrett og bringa saka inn for KOFA like etter. KOFA valde å utsetje saksbehandlinga inntil tingretten si avgjerd låg føre. Klagaren sitt krav om mellombels åtgjerd blei teke til følgje av tingretten.

Den innklaga anka tingretten si avgjerd til Hålogaland lagmannsrett. Lagmannsretten tok ikkje stilling til om den innklaga hadde brote kravet om mogelegheit til etterprøving ved å gjennomføre terningkastet utan at tilbydarane var til stades. Retten la til grunn at terningkastet blei gjennomført på den måten som den innklaga hadde skrive ned, med to vitne til stades. Hendingsforløpet var ikkje motsagt av klagar. På den bakgrunn fann retten at det ikkje kunne ha påverka resultatet av terningkastet om tilbydarane hadde vore til stades for å observere det. Klagaren sitt krav om mellombels åtgjerd blei ikkje teke til følgje av lagmannsretten.

På bakgrunn av den tidlegare domstolsbehandlinga kom klagenemnda i denne saka til at klaga var uføremålstenleg for behandling i nemnda. Det blei vist til at hovudspørsmålet i klagesaka var behandla i to rettsinstansar, og at klagaren sitt behov for tvisteløysing dermed var vareteke gjennom domstolane. Vidare blei det vist til at klagenemnda si vurdering av spørsmåla berre i avgrensa grad ville bidra til rettsleg avklaring og løysing av saka. Nemnda la også vekt på at det rettslege utfallet i saka om mellombels åtgjerd verkar forsvarleg.