



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

Hei alle saman!

Då er det nye året godt i gong, og vi har allereie avgjort 57 saker i år. Det første målet no er å ferdighandsame alle resterande 2014 saker innan utgangen av mai. Det skal gå veldig bra. Deretter byrjar vi på dei resterande 2015 sakene. Vi handsamar for tida også den første stornemnds-saka i år. Dette er sak 2014/95, og vi antek at endeleg avgjerd vil vere ferdig til partsutsending og publisering rett over påske.

Som dykk gjerne har merka, har vi no sett i verk nye rutinar for saksoppfølging. I svara på brukarundersøkinga vår i haust, kom det fram at fleire ønskte ei tettare og meir aktiv oppfølging av sakene frå vår side. Dette har vi no frå og med 2015 byrja med for å få sakene raskare tilstrekkeleg opplyst, slik at partane slepp å bruke unødvendig tid på forhold som ikkje tener saka. Vi har i tillegg, som etterspurt, vorte meir restriktive med å gje fristutsetjingar. Dette er heilt naudsynt for å kunne klare å avgjere sakene raskt. Vi håpar også at alle synes informasjonen om den nye søkemotoren vår er blitt meir tilgjengeleg, no når ein kan nå denne direkte frå biletkarusellen på heimesida vår.

Elles er vi også godt i gong med planlegginga av den store happeningen i år – **KOFAs fagkonferanse 2015**. Denne vil gå av stabelen **13. oktober** på hotell Scandic Ørnen i Bergen.



Så då er det berre for dykk å setje av datoen i kalenderen, så kjem vi snart tilbake med program for dagen og moglegheit til å melde seg på. Sidan det i år, som i fjor, vert avgrensa tal på plassar, lønnar det seg å melde seg på raskt!

Då gjenstår det berre for meg å ønskje dykk alle ein riktig triveleg påskeferie!

Beste helsing,

Erlend Pedersen
Direktør/sekretariatsleiar

Du finn fleire nyhende på
www.kofa.no

■ Ulovleg og lovleg omgjerding av tildelingsavgjerder

Tre nyare avgjerder frå klagenemnda illustrerer utfordringane ved å gjere om ei tildelingsavgjerder, når det er antekje at det er gjort feil i kvalifikasjonsvurderinga.

I forskrifta § 13-3 (4) heiter det at: "Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått." Dette inneber at oppdragsgjevar kan rette opp feil som er gjort før tildelingsavgjerda, men ikkje gje ei ny tildelingsavgjerder som er basert på ei endra skjønnsutøving.

Ulovleg omgjerding

Sak 2014/2 gjaldt ein open anbodskonkurranse for å oppføre bygg med tilhøyrande uteareal på Stengelsmoen avfallsanlegg i Alta. Klagar anførte at innklaga hadde brote regelverket ved å endre den opphavlege tildelingsavgjerda, der det var bestemt å tildele klagar kontrakten, og i staden avvise klagar. Klagar har vist til at den etterfølgjande informasjonen som innklaga hadde henta inn etter utgått tilbudsfrist, var lovleg og derfor kunne leggjast vekt på i kvalifikasjonsvurderinga. Når innklaga hadde henta inn informasjonen, var det klart at klagar var kvalifisert og dermed ikkje skulle ha vorte avvist. Etter tildelingsavgjerda kom innklaga til at den etterfølgjande innhentinga av informasjon ikkje var lovleg. Innklaga vurderte derfor kvalifikasjonane til klagar på nytt, utan den innhenta informasjonen, og kom då til at klagar ikkje var kvalifisert. Innklaga gjorde då om tildelingsavgjerda og avviste klagar. Spørsmålet for nemnda var om den etterfølgjande innhentinga av informasjon som innklaga hadde gjort, var lovleg. Dersom det var lovleg å hente inn informasjonen, var ikkje tildelingsavgjerda bygd på feil, og innklaga kunne då heller ikkje endre avgjerda. Om det var lovleg, måtte vurderast ut frå om innklaga hadde rett til å be klagar om å levere utvida organisasjonsplan og CV med heimel i forskrifta § 12-4.

Kravet om å leggje fram organisasjonsplan med namn og CV for nøkkelpersonar opplyste ikkje om kva rollar som var nøkkelpersonell. I lys av at det ut frå konkurransegrunnlaget var uklart kva informasjon leverandørane skulle gje om underentreprenørane, måtte informasjonen som vart gjeven i den reviderte organisasjonsplanen sjåast som ei utdjuping og supplerings av den opphavlege organisasjonsplanen.

Den utgjorde dermed ikkje ei ulovleg endring av informasjonen som allereie låg føre. Nemnda la i denne forbindelse til grunn at det ikkje var haldepunkt for at den utvida organisasjonsplanen omfatta nye underentreprenørar som ikkje var på plass på tilbodstidspunktet. Tildelingsavgjerda var lovleg, og kunne derfor ikkje endrast. Anførselen frå klagar førte såleis fram.

Også i sak 2014/124 fann klagenemnda at innklaga hadde brote regelverket ved å gjere om tildelingsavgjerda og avvise klagar med tilvising til at klagar likevel ikkje oppfylte eit kvalifikasjonskrav. Saka gjaldt ein open anbodskonkurranse for kjøp av detaljprosjektering. Innklaga grunn gav avvisinga med at klagar ikkje hadde levert ei etterspurt utgreiing på éi side, som skulle vise korleis tre konkrete miljøomsyn var ivareteke i tre relevante prosjekt dei siste tre åra. Spørsmålet for klagenemnda var om det var ein feil i den første vurderinga av kvalifikasjonane til klagar.

Klagenemnda viste til at regelverket opererer med eit skilje mellom manglande oppfylling av dokumentasjonskrav og manglande oppfylling av kvalifikasjonskrav. Oppdragsgjevarar har ikkje plikt til å avvise leverandørar som ikkje oppfyller dokumentasjonskrava, så lenge det går fram av tilbodet at kvalifikasjonskrava er oppfylte. Klagenemnda fant at kravet om å levere utgreiing av tidlegare ivaretaking av miljøomsyn ikkje var eit eige kvalifikasjonskrav, men at det var ein del av dokumentasjonen som leverandørane skulle levere for å dokumentere at kravet om å råde over personell med kompetanse i og/eller erfaring med å ivareta miljøtemaa, var oppfylt.

Dokumentasjonskravet tilsa likevel at evna leverandørane hadde til å ivareta miljøomsyna ville vere eit tema i kvalifikasjonsvurderinga, og konkurransegrunnlaget la opp til at den etterspurte utgreiinga skulle ligge til grunn for vurderinga.

For å dokumentere ivaretaking av miljøomsyn, hadde klagar i det opphavlege tilbodet levert ein generell mal for oppnåing av miljømål i prosjekt. I malen var det ikkje vist til konkrete prosjekt som klagar hadde gjennomført. I CV-ane som var vedlagde, var det oppgjeve ei rekke prosjekt. På denne bakgrunnen kom innklaga til at klagar oppfylte kvalifikasjonskrava. Klagenemnda viste til at vurderinga innklaga gjorde av dei tekniske kvalifikasjonane til klagar, var knytt til kompetansen og erfaringa klagar hadde med å ivareta miljøomsyn i byggeprosjekt, og at dette samsvarte med vurderinga som var førespegla i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda fant derfor at innklaga ikkje hadde gjort feil i den første vurderinga av kvalifikasjonane til klagar. Innklaga hadde følgjeleg brote regelverket ved å endre den opphavlege tildelingsavgjerda og deretter avvise klagar.

Lovleg omgjerung

I sak 2014/121 fann nemnda at det var i samsvar med regelverket å gjere om den første kontraktstildelinga og deretter avvise klagar. Saka gjaldt ein open anbodskonkurranse for kjøp av totalentreprise, inkludert detaljprosjektering og oppføring av seks tre-roms leilegheiter i rekkehus på Inderøy. Eitt av kvalifikasjonskrava var krav om erfaring frå minst tre tilsvarande prosjekt dei siste tre åra, som skulle dokumenterast med ei referanseliste. Referanselista frå klagar viste berre to tilsvarande prosjekt frå dei siste tre åra. Innklaga la likevel etter ei heilskapsvurdering til grunn at klagar var kvalifisert. Klagar vart først tildelt kontrakt, men innklaga endra seinare tildelingsavgjerda og avviste klagar på grunn av manglande oppfylling av kvalifikasjonskrav.

Klagar anførte at innklaga hadde brote regelverket ved å avvise klagar. Den første vurderinga av kvalifikasjonane til klagar var ikkje i samsvar med det oppstilte kvalifikasjonskravet, og anførselen førte derfor ikkje fram. Kvalifikasjonskravet opna ikkje for at kvalifikasjonane til leverandørane skulle vurderast ut frå ei heilskapsvurdering. Innklaga hadde derfor korrekt annullert den første tildelinga av kontrakten til klagar, vurdert kvalifikasjonane til klagar på ein riktig måte, og deretter avvist selskapet som ikkje kvalifisert.

■ Ikkje eit absolutt forhandlingspåbod i konkurransar med forhandling

Klagenemnda har i sak 2013/141 mellom anna handsama spørsmålet om det er i strid med innkjøpsregelverket å late vere å gjennomføre forhandlingar med tilbydarane i ein konkurranse med forhandling.

Innklaga gjennomførte ein konkurranse med forhandling for å inngå ein rammeavtale om multifunksjonsmaskiner og printstyring. Spørsmålet om det gjeld ei ubetinga forhandlingsplikt i alle konkurransar med forhandling kom på spissen i saka, fordi innklaga ikkje hadde gjennomført forhandlingar med nokon av tilbydarane.

Nemnda meinte at det etter ei konkret vurdering vil kunne gjelde ei forhandlingsplikt i ein konkurranse med forhandling, basert på krava til likehandsaming og god forretningsskikk, jf. forskrifta § 3-1 og tidlegare nemndspraksis. Nemnda kunne likevel ikkje sjå at det av forskrifta § 11-8 kan utleiast et krav om ubetinga forhandlingsplikt i tilfelle der oppdragsgjevar ser forhandlingar som formålslause. Ordlyden i føresegna gjev ikkje nødvendigvis tilbydarar i ein konkurranse med forhandling grunn til å rekne med at det vil bli høve til å forbetre tilbodet.

Dette stemmer også best med legaldefinisjonen av denne konkurranseforma i forskrifta § 4-1 bokstav d, der det følgjer at det er ei "anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver har adgang til å forhandle med en eller flere leverandører".

I tidlegare praksis frå klagenemnda har nemnda uttalt at det etter forskrifta § 11-8 må gjelde eit krav om "reelle forhandlinger", jf. til dømes sak 2011/1 premiss (32) og (33), og at dette også inneber at ei plikt til å forhandle i forhandla konkurransar. I avgjerda viser nemnda til tidlegare praksis, som igjen syner til saker som gjeld tidlegare gjeldande forskrift. Tidlegare gjeldande forskrift har likevel ein annan ordlyd enn gjeldande § 11-8. Av den tidlegare forskrifta § 9-3 (3) fulgte det at "[d]et skal forhandles med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt kontrakten."

Denne endringa i ordlyden er ikkje tidlegare eksplisitt drøfta i avgjerder frå klagenemnda.

Etter høyringsrunden til den gjeldande forskrifta, vart føresegna i forskrifta del II og del III gjeve ulikt innhald. Forskrifta del II § 11-8 inneheld ingen eksplisitt regel om at tilbydarar skal få høve til å levere eit forbetra tilbod, i motsetnad til § 20-11 (3). Etter dette oppfattar nemnda det som nærliggjande at lovgjevar bevisst har meint at oppdragsgjevar etter forskrifta del II skal ha ein større fleksibilitet enn i del III.

Det var såleis ikkje eit brot på regelverket at innklaga ikkje gjennomførte forhandlingar med tilbydarane.

■ Ei anskaffing kan vere ei ulovleg direkte anskaffing og pålegges sanksjon for dette, sjølv om oppdragsgjevar har intensjonskunngjort – ein omtale av avgjerda til KOFA i sak 2014/13 og avgjerd i sak C-19/13 frå EU-domstolen.

KOFA-sak 2014/13:

Avgjerda til klagenemnda i sak 2014/31 gjaldt spørsmålet om UiT Norges arktiske universitet hadde føreteke ei ulovleg direkte anskaffing ved ikkje å kunngjere ein konkurranse om flytting og oppgradering av skipsbrusimulator.

Innklaga hadde føreteke ei intensjonskunngjering, der det gjekk fram at innklaga hadde som føremål å inngå kontrakt med Kongsberg Maritime Simulation. Deretter vart kontrakt med Kongsberg Maritime Simulation inngått. Som grunngeving for at det ikkje vart kunngjort ein konkurranse om kjøpet, viste innklaga til at det av tekniske grunnar og for å verne ein einerett, berre var Kongsberg Maritime Simulation som kunne prestere ytinga, jf. forskrifta § 14-4 bokstav c.

Klagenemnda uttalte at betydinga av ei intensjonskunngjering er at domstolane som utgangspunkt ikkje kan kjenne kontrakten utan verknad, jf. forskrifta § 22A-1 (2).

Det vart vidare uttalt at systemet i forskrifta er at vurderinga av om det føreligg ei ulovleg direkte anskaffing og vurderinga av om kontrakten kan kjennast utan verknad, er to separate og sjølvstendige vurderingar. Det betyr at det kan vere ei ulovleg direkte anskaffing, sjølv om kontrakten ikkje kan kjennast utan verknad, jf. forskrifta § 22A-1 (1) bokstav a.

Klagenemnda fann at innklaga ikkje hadde sannsynleggjort at vilkåra for å bruke unntaket frå kunngjeringsplikta i forskrifta § 14-4 bokstav c var oppfylt. Anskaffinga skulle derfor ha vorte kunngjort, jf. forskrifta § 18-1. Innklaga hadde etter dette føreteke ei ulovleg direkte anskaffing, ettersom innklaga "i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen", jf. forskriften § 4-1 bokstav q.

Avgjerda til EU-domstolen i sak C-19/13

I sak C-19/13 for EU-domstolen uttalte domstolen at sanksjon for ulovleg direkte anskaffing i nokre tilfelle kan påleggjast sjølv om oppdragsgjevar har intensjonskunnngjort. Dette vil etter domstolen sitt syn avhenge av om "den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu, og om den ordregivende myndighed kunne vurdere at betingelserne [for ikke å kunnngjøre] faktisk var opfyldt".

Når oppdragsgjevar intensjonskunnngjer, skal kunnngjeringa innehalde ei grunnngjeving for kvifor oppdragsgjevar meiner at kjøpet ikkje er kunnngjeringspliktig. Om denne grunnngjevinga uttalte domstolen:

"(48) I sidstnævnte henseende skal den nævnte begrundelse klart og utvetydigt angive de betragtninger, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, at den kunne indgå kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, med henblik på at gøre det muligt for de interesserede parter under fuldt kendskab til sagen at afgøre, om sagen skal indbringes for den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, og for sidstnævnte at udøve en effektiv kontrol."

Avgjerda er eit resultat av ei oppmoding frå Italia om ei prejudisiell avgjerd av om ei kontrakt kan kjennast utan verknad, når kjøpet har vorte intensjonskunnngjort.

Hold av 13.oktober 2015.

Vi jobbar no med å lage eit spennande program for fagkonferansen vår.

se www.kofa.no

