



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

■ Ny myndighet gir mer effektiv håndhevelse

Nærings- og fiskeri departementet har foreslått at KOFA skal få tilbake myndigheten til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser. Dersom endringene blir vedtatt så er dette gode nyheter for de som ønsker å få en rimelig avklaring på om en offentlig oppdragsgiver har brutt regelverkets krav til kunngjøring. Tallene viser at antall klager på ulovlige direkte anskaffelser har gått betydelig ned etter at KOFA mistet gebyrmyndigheten i 2012. Domstolene har ikke opplevd en tilsvarende økning av søksmål for slike brudd. Departementet påpeker derfor at håndhevelsen av disse bruddene har blitt redusert etter 2012 og ønsker nå å gjøre noe med dette. Reglene blir også skjerpet- det skal nå ilegges gebyr selv om ikke oppdragsgiver har utvist forsett eller grov uaktsomhet slik reglene var tidligere.



Sekretariatsleder Anneline Vingsgård

Håndhevelse av slike brudd er avgjørende for at reglene skal få den tilsiktede effekt. Brudd på kunngjøringsplikten regnes som det mest alvorlige bruddet på regelverket. Dette er fordi oppdragsgiveren da helt unntar anskaffelsen for konkurranse. Når anskaffelsen blir unndratt konkurranse vil vi aldri få vite om det produktet eller den tjenesten som blir kjøpt er det beste og rimeligste produktet eller tjenesten på markedet. Vi vet at konkurranse skaper positive effekter som rimeligere varer og tjenester og/eller innovasjon og bedre kvalitet.

Et annet viktig aspekt med kunngjøring er at det vanskeliggjør korrupsjon fordi det skaper en åpenhet rundt anskaffelsen som gjør at aktuelle tilbydere og andre kan etterprøve om anskaffelsen er gjennomført etter regelverket.

Å gjennomføre en konkurranse med kunngjøring av en anskaffelse tar tid, krever kompetanse og koster penger. Og Norge ligger høyt på listen over de landene som bruker mest penger på å gjennomføre en anskaffelse. Når økonomien i kommunen eller staten er stram kan det derfor være fristende å

unnlate å gjennomføre en anskaffelsesprosess og heller tildele kontrakt direkte til en leverandør. KOFA mottar klager hvor oppdragsgiver helt har unnlatt å unnlate å gjennomføre en anskaffelsesprosess og heller tildele kontrakt direkte til en leverandør.

Stram økonomi i det offentlige er imidlertid ingen unnskyldning for manglende kunngjøring. Tvert imot vil konkurranse om oppdraget kunne føre til at kommunen får mer og bedre produkter og tjenester slik at pengene kan brukes på andre viktige oppgaver. Det er derfor viktigere enn noen gang å kunngjøre slik regelverket krever.

Sett av datoen!

KOFA-konferansen blir
10. november 2016
på Clarion Hotell Bergen Airport.

■ Tildelingskriteriet må ha en "nær og påviselig betydning for kvaliteten på ytelsen"

Klagenemnda vurderte i sak 2015/149 hvorvidt underkriteriet "Firmaets gjennomførings- og samarbeidsevne" var lovlig i en konkurranse som gjaldt en utomhusentreprise.

Anskaffelsen gjaldt en utførelsesentreprise, som var en av 20 byggherrestyrte sideentrepriseoppdrag på et prosjekt for oppføring av en ny skole. Kontrakt skulle tildeles basert på tildelingskriteriene pris (70 %) og kvalitet (30 %). Kvalitet var inndelt i underkriteriene "Tilbudte personells erfaring og kompetanse" og "Firmaets gjennomføring- og samarbeidsevne". Sistnevnte skulle vurderes ut fra Stavanger eiendoms og andre byggherrers erfaringer med leverandøren fra tidligere utførte oppdrag.

Klagenemnda viste til at vilkåret i forskriften § 22-2 (2), om at oppdragsgiver skal benytte tildelingskriterier "som har tilknytning til kontraktsgjenstanden", innebærer at kriterier må legges opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys. Det ble også fremhevet at det gjelder et prinsipielt skille i regelverket mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, men at vurderinger av leverandørens egenskaper som er relevante i kvalifikasjonsvurderingen, også vil kunne være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet – med henvisninger til EU-domstolens avgjørelser i sakene C-532/06 (Lianakis), C-601/13 (Ambisig) og klagenemnds praksis. Basert på dette uttalte nemnda at det avgjørende er om kriteriet har en nær og påviselig betydning for kvaliteten på ytelsen som tilbys, slik at kriteriet først og fremst søker å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemnda understreket at det ikke gjelder en ubetinget regel om at tildelingskriterier som etter sin

ordlyd retter seg mot leverandørens egenskaper ikke kan vurderes i tildelingsevalueringen, med henvisning til klagenemndas sak 2015/118.

Tildelingskriterier som legger opp til en vurdering av firmaenes generelle referanser vil likevel være problematiske, jf. samme sak.

Innklagde forklarte kriteriets relevans for ytelsens kvalitet blant annet med at leverandøren ville ha rollen som koordinator (hovedbedriftansvar), ville samarbeide med entreprenører på arbeider med felles grensesnitt, og viktigheten av å planlegge egne arbeider slik at prosjektets fremdriftsplan ble fulgt. Klagenemnda kom til at underkriteriet, slik det var presentert i konkurransegrunnlaget, ikke la opp til en vurdering av hvordan disse forholdene ville løses i dette oppdraget. Underkriteriet la derimot opp til en helt generell vurdering av tidligere oppdragsgivers oppfatninger av leverandørene. Slik saken var opplyst for nemnda, så det også ut til at kriteriet hadde blitt anvendt på denne måten. Klagenemnda uttalte at dette innebar at forhold uten betydning for leveransen ville være relevante i evalueringen, og at evalueringen baserte seg på forhold som ikke reflekterte sterke og svake sider ved leverandørens tilbud på det aktuelle oppdraget. Tildelingskriteriet manglet derfor den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 22-2 (2), og var derfor ulovlig.

Et mindretall i klagenemnda var uenig i at kriteriet manglet en slik tilknytning. Mindretallet mente at oppdragsgiver hadde klargjort konkrete forhold som gjorde selve gjennomføringen og håndteringen av byggeprosessen til en del av kontraktsgjenstanden, og at forhold ved leverandøren derfor var egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Årsrapport 2016

Få mer informasjon om KOFAs drift og les nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohns betraktninger rundt ny gebyrmyndighet. [Les årsrapporten her](#)

■ Oppdragsgivers avvisningsplikt ved for sent innkomne tilbud i forsyningssektoren

I klagenemndas sak 2015/140 behandlet klagenemnda en sak som gjaldt for sent innkommet tilbud i en konkurranse som følger forsyningsforskriften.

Anskaffelsen fulgte forsyningsforskriften del I, hvor det ikke er stilt uttrykkelige bestemmelser om avvisningsplikt som følge av forhold ved tilbudet. Dette i motsetning til forskrift om offentlige anskaffelser del II og III, hvor det eksplisitt er angitt avvisningsplikt for tilbud som ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen.

Innklagede avviste likevel klagers tilbud som for sent innkommet. Klagers tilbud var sendt rekommandert i posten, og innklagede hadde mottatt hentemelding, men på grunn av en feil hos post i butikk fikk innklagede ikke hentet ut tilbudet innen fristen. Klager anførte å være urettmessig avvist, men anførselen førte ikke frem.

Klagenemnda viste til at konkurransegrunnlaget oppstilte en klar plikt til å avvise tilbud som ikke var kommet innklagede fysisk i hende før utløpet av tilbudsfristen, uavhengig av om dette skyldes feil

utenfor tilbydernes kontroll. I et slikt tilfelle måtte innklagede være forpliktet til å følge egne fastsatte krav.

Klagenemnda viste videre til at tilbyderne som utgangspunkt bærer risikoen for forsinkelser i postgangen, og at klagenemnda også hadde lagt til grunn en streng forståelse av plikten til å avvise for sent innkomne tilbud etter forskrift om offentlige anskaffelser, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2010/6.

Klagenemnda hadde forståelse for at det kunne virke urimelig for klager en feil fra postens side skulle gå ut over klager, spesielt siden tilbudet var kommet til post i butikk den dagen innklagede skulle hente det ut. Klagenemnda presiserte imidlertid at klager måtte ta de forholdsregler som var nødvendig for å sikre seg at tilbudet nådde frem innen fristen. Kravene i konkurransegrunnlaget var ikke urimelig, men sikret klare regler for hvordan tilbud skulle innleveres. På bakgrunn av de uforbeholdne formuleringene i konkurransegrunnlaget, fant derfor klagenemnda at klagers tilbud var rettmessig avvist.

Masterstipend for student og ledig stilling KOFA sekretariatet

Kofa har lyst ut ledig stilling i sekretariatet og muligheter til å søke på masterstipend.

For mer info, se www.kofa.no



■ Ny sak om avlysning av konkurranse

Klagenemnda hadde i fjor en utvalgt sak som gjaldt hvorvidt det var saklig grunn til å avlyse konkurransen, se sak 2014/94. Nå har KOFA kommet med en ny sak om tilsvarende problemstilling i sak 2015/117, og konkluderte på ny med at det ikke forelå saklig grunn til avlysning.

Innklagede hadde først sendt en tildelingsmeddelelse om å ville inngå kontrakt med klager for leveringen av 490 kumlukk, 490 rammer og 40 kuppelrister, men avlyste senere konkurransen. Begrunnelsen var at innklagede hadde behov for å kontrollere oppfyllelsen av tekniske spesifikasjoner (HMS-krav) for lås-/sikringsanordningene til produktene som ble anskaffet.

Klagenemnda har i flere saker kommet til at behov som oppdragsgiver blir oppmerksom på, og som ikke er ivaretatt i den pågående konkurransen, kan gi saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Konkurranses grunnlaget stilte få tekniske krav, og inneholdt ikke krav om å dokumentere oppfyllelse av disse. Det var stilt krav om lås-/sikringsanordning, men kravet var ikke spesifisert ytterligere. Behovet for å avlyse var altså at man ville stille nærmere krav om oppfyllelse av bestemte spesifikasjoner, og var også begrunnet med henvisning til en ulykke i Drammen kommune, samt de tekniske spesifikasjoner denne kommunen stiller.

Innklagede ble gjort oppmerksom på at valgte leverandør oppfylte de spesifikasjonene Drammen kommune stiller, men opplyste i et nytt brev at disse spesifikasjonene ikke ville bli benyttet, og at man ville utarbeide egne spesifikasjoner. Nemnda skriver at det i en slik situasjon må kunne forventes at innklagede i noen grad kan konkretisere hvilke andre tekniske krav det er behov for å stille. Dette ble heller ikke gjort gjennom saksforberedelsen for nemnda og til tross for gjentatte oppfordringer. Det var altså ikke identifisert et bestemt behov som ikke ville bli dekket ved kjøp av klagers produkter.

Klagenemnda var enig med innklagede i at det etter omstendighetene kan utgjøre en saklig grunn for å avlyse konkurransen at oppdragsgiver ikke har



avgjort hvilke krav man vil stille, og at en grundig gjennomgang av egne behov er nødvendig for å klarlegge dette. Et slikt behov var imidlertid ikke synliggjort i den foreliggende saken, og det var heller ikke klart hvorfor innklagede måtte avlyse konkurransen for å gjøre en slik gjennomgang.

Det var ingen holdepunkter for at klagers produkter ikke oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget på en tilfredsstillende måte, men innklagede hadde altså ikke kontrollert dette. Innklagede mente selv at etterfølgende avklaringer med klager i denne forbindelse ikke ville ha vært lovlige, fordi de kunne utgjøre en endring av konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 8-2 (1), eller være i strid med forhandlingsforbudet i § 12-1.

Klagenemnda fremholdt at det ikke gjelder en ubetinget plikt for oppdragsgiver til å avklare om valgte leverandørs tilbud oppfyller oppdragsgivers identifiserte behov, før man eventuelt kan konstatere at en avlysning er saklig. En avklaring av hva den tilbudte ytelsen omfattet, utover det som var krevd i konkurransegrunnlaget eller uttrykkelig fremgikk av tilbudet, utgjør imidlertid i seg selv ingen endring av konkurransegrunnlaget. Eksempelvis det å be om dokumentasjon på at lås-/sikringsanordningen var testet og godkjent, vil ikke representere en endring av tilbudet som strider mot forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1.

■ Konsekvensen av å ikke tillate alternativ dokumentasjon

I klagenemndas sak 2015/154 måtte klagenemnda ta stilling til hvilke konsekvenser det skal ha at en oppdragsgiver har unnlatt å tilføye "eller tilsvarende" etter de dokumentasjonskrav som er stilt til et krav i kravspesifikasjonen.

Etter å ha først slått fast at denne unnlattelsen utgjorde et brudd på forskriften § 17-3 (4), måtte nemnda i) vurdere om unnlattelsen av dette ga avlysningsplikt og ii) om oppdragsgiver etter § 17-3 (5) i dette tilfellet likevel måtte anses for å ha en rett til å vurdere den alternative dokumentasjon som valgte leverandør hadde inngitt.

I spørsmålet om avlysningsplikt stilte nemnda først opp den regel som gjelder for dette:

“Avlysningsplikt forutsetter at feilen som foreligger ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/159 premiss (60) og 2009/80 premiss (32). Det er videre et vilkår for avlysningsplikt at det påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eventuelt at feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2011/171 premiss (61).”

Klagenemnda viste til at det var mulig at denne feilen i utgangspunktet ikke kunne rettes på annen måte enn ved avlysning og at det ikke kunne utelukkes at det var en teoretisk mulighet for at tilbydere hadde unnlatt å delta i konkurransen pga feilen. På den andre siden, hadde klager ikke godtgjort at konkurransen kunne fått et annet utfall for dette

selskapet om feilen ikke var blitt begått. Videre viste nemnda til at formålet med § 17-3, er at det avgjørende skal være om leverandørene kan godtgjøre at de oppfyller de krav oppdragsgiver har stilt i kravspesifikasjonen - ikke bare at de oppfyller de dokumentasjonskrav som er stilt. Basert på dette, kom nemnda til at det ikke skulle konstateres avlysningsplikt i dette tilfellet. Det var dette som best ivaretok formålet med bestemmelsen og de grunnleggende prinsippene til konkurranse, proporsjonalitet og effektiv ressursbruk som hele regelverket er bygd på.

Nemnda kom til at oppdragsgiver hadde rett til å vurdere den alternative dokumentasjonen til valgte leverandør med hjemmel i forskriften § 17-3 (5). En ren bokstavfortolkning av § 17-3 (5) kan som utgangspunkt tilsi det motsatte, fordi bestemmelsen kan tolkes til å kun gjelde når oppdragsgiver har gitt en korrekt henvisning etter § 17-3 (4) bokstav a. dvs inkludert tilføyelsen "eller tilsvarende". Nemnda kom imidlertid til at en slik fortolkning harmonerer dårlig med formålet bak § 17-3. En slik fortolkning gjør også § 17-3 (5) i stor grad unødvendig, fordi det egentlig ikke er noe behov for denne bestemmelsen når oppdragsgiver har anvendt § 17-3 (4) bokstav a, korrekt. Dette fordi sistnevnte bestemmelse da er direkte hjemmel for å vurdere den alternative dokumentasjon. Nemnda uttalte også at leverandørene må kunne legge til grunn at oppdragsgiver har en rett til å vurdere alternativ dokumentasjon, selv om oppdragsgiver har utelatt å tilføye "eller tilsvarende" etter det oppgitte dokumentasjonskrav.

KOFA tenker miljø

KOFA ønsker ikke lenger å motta papirversjoner i posten.

Vi går over til kun elektronisk filbehandling.

[Les mer her om hva dette innebærer for deg.](#)