



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

KOFA sekretariatet inn i nyopprettet organ i Bergen

Fra 1. april 2017 går KOFA sekretariatet inn i et nyopprettet organ som heter Klagenemndssekretariatet. Det nye sekretariatet skal betjene 6 ulike nemnder: Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Konkurransklagenemnda og fire nemnder underlagt Kulturdepartementet: Lotterinemnda, Frivillighetsregisternemnda, Stiftelsesklagenemnda og Medieklagenemnda. Organet skal holde til i Bergen slik KOFA sekretariatet har gjort siden 2005.

Konkurransklagenemnda er nyopprettet og skal håndtere klager over alle Konkurransetilsynets vedtak unntatt vedtak etter pristiltaksloven. Dette innebærer at både klager på vedtak om foretakssammenslutninger, vedtak om ulovlig samarbeid og misbruk av dominans og andre forvaltningsvedtak (klage om på innsyn, pålegg om opplysninger, krav om sakskostnader etc) vil måtte bringes inn til Konkurransklagenemnda. Dette gjelder vedtak av Konkurransetilsynet som er fattet etter 1.april 2017. Vedtak som er fattet før dette tidspunktet må følge dagens ordning som er klage til Nærings- og fiskeri departementet for vedtak om foretakssammenslutninger og andre avgjørelser, og søksmål til tingretten for vedtak om ulovlig samarbeid og misbruk av dominans.

Nemndene som er underlagt Kulturdepartementet håndterer reglene knyttet til lotterilovgivningen, frivillighetsregisterlovgivningen, medielovgivningen og stiftelseslovgivningen. Alle disse nemndene er mindre nemnder målt i sakstilfang sammenlignet med sakene Klagenemnda for offentlige anskaffelser behandler. Konkurransklagenemnda vil motta få saker, men de sakene som kommer inn vil være arbeidskrevende.

Det er kun klagenemndssekretariater som nå blir samlet i et felles organ. Det er altså ikke sammenslåing av nemnder. KOFA vil fremdeles ha sin gamle nettside www.kofa.no, og parter i sakene vil ikke merke forskjell etter at KOFA sekretariatet blir en del av ett nytt sekretariat.

Klagenemndssekretariatet får egen nettside: www.klagenemndssekretariatet.no som vil være på luften 1.april 2017.

På gjensyn i nytt klagenemndssekretariat!

Anneline Vingsgård
Midlertidig leder for Klagenemndssekretariatet



Sekretariatsleder Anneline Vingsgård

Kontraktsinngåelse etter utløpet av vedståelsesfristen ble ikke ansett som en ulovlig direkte anskaffelse

Klagenemndas avgjørelse i sak 2016/97 gjaldt et tilfelle hvor kontraktsinngåelse med valgte leverandør skjedde i underkant av fem uker etter utløpet av vedståelsesfristen. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør.

I en rekke saker som gjelder reglene om vedståelsesfrist slik de lød før 1. juli 2012, har klagenemnda uttalt at kontraktsinngåelse etter utløpet av vedståelsesfristen regnes som en ulovlig direkte anskaffelse, jf. eksempelvis sak 2012/8 med videre henvisninger.

Etter endringen av bestemmelsen 1. juli 2012, ble oppdragsgiver gitt adgang til å spørre leverandørene om de vil fastholde sine tilbud etter at vedståelsesfristen er løpt ut, såfremt forlengelsen ikke fører til en "vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud", samt at forespørselen om forlengelse skjer "innen rimelig tid" etter fristens utløp jf. forskriften § 19-6 (3). I NOU 2010:2 side 166, vises det til at "en måned åpenbart er for sent" for en slik forespørsel om forlengelse.

I klagenemndas sak 2016/6 berørte klagenemnda spørsmålet om hvorvidt kontraktsinngåelse etter utløpet av vedståelsesfristen, hvor vilkårene for å forespørre leverandørene om å fastholde tilbudet ikke lengre var til stede, uten unntak skal klassifiseres som en ulovlig direkte anskaffelse, eller om en slik klassifisering må forbeholdes tilfeller hvor forlengelsen samtidig fører til en "vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud". Klagenemnda tok imidlertid ikke endelig stilling til spørsmålet.

I klagenemndas sak 2016/13 premiss (29) ble det uttalt at endringen av reglene om vedståelsesfrist nå innebar at "[d]en rettslige klassifiseringen av kontrakter inngått i en situasjon der det i utgangspunktet ikke foreligger bindende tilbud, er [...] modifisert." Kontraktsinngåelse i en situasjon der det ikke foreligger bindende tilbud kan ikke "uten videre [...]" anses som en ulovlig direkte anskaffelse" jf. premiss (29). I NOU 2010:2 side 165 vises til at klassifiseringen som en ulovlig direkte anskaffelse for de tilfeller hvor kontraktsinngåelse skjer etter vedståelsesfristens utløp har uheldige sider, og i Prop. 12 L (2011-2012) side 74 antydes det at praksisen bør tas opp til ny vurdering. Klagenemnda uttalte at dette tilsier at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å videreføre en praksis som uten unntak klassifiserer slike tilfeller som ulovlige direkte anskaffelser.

I sak 2016/97 hadde ikke klager vist til forhold som skulle tilsi at det i perioden på omtrent fem uker hadde skjedd "vesentlige endringer av grunnlaget for konkurransen". Klagenemnda fant heller ikke holdepunkter for at det hadde skjedd slike. Innklagedes kontraktsinngåelse representerte ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Årsrapport KOFA 2016

KOFA publiserte sin årsrapport for 2016 den 24.februar 2017. Årsrapporter | KOFA

I den kan du blant annet lese om nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohns betraktninger rundt nytt regelverk, gebyrmyndigheten og rettsikkerheten i slike saker, og få en oppsummering av den viktigste KOFA praksisen i 2016. Du kan også lese om resultatene i brukerundersøkelsen om KOFA som ble besvart av våre abonnenter desember 2016.

Vedståelsesfristen var forlenget i tråd med regelverket, selv om dato og klokkeslett ikke var angitt

En av anførslene til klager i klagenemndas sak 2016/115 var at innklagede hadde brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør uten at vedståelsesfristen var forlenget på riktig måte. I forlengelsen av dette hevdet klager at det måtte anses som en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt med valgte leverandør. Klagenemnda viste til sak 2016/97, og uttalte at det kun vil være tale om en ulovlig direkte anskaffelse dersom forlengelsen fører til en "vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud". Klagenemnda tok likevel stilling til om vedståelsesfristen var forlenget på riktig måte.

Det følger av forskriften § 19-6 (1) at oppdragsgiver skal angi vedståelsesfristen med "dato og klokkeslett". I tidligere klagenemndspraksis er det stilt krav om at "[n]år en så presis frist skal forlenges, kreves det en tydelig angivelse av den nye fristen", se for eksempel sak 2005/189 premiss (68). Klagenemnda uttalte i sak 2008/13 premiss (32) at fristen ikke var angitt tilstrekkelig presist i et tilfelle hvor det var avtalt vedståelsesfrist "inntil innklagede var klar til å inngå kontrakt".

Da kontrakt ble tildelt klager, begjærte valgte leverandør midlertidig forføyning. Innklagede avviste klager, og dagen etter ba innklagede valgte leverandør om å forlenge vedståelsesfristen. Valgte leverandør svarte i en e-post at "[v]i bekrefter forlengelsen av vedståelsesfristen i vårt tilbud". Kontrakt ble inngått i overkant av fem uker etter den opprinnelige vedståelsesfristen.

Klagenemnda viste til NOU 2010:2 side 165, hvor det er uttalt at "[d]et bør være opp til leverandørene hvor lenge de ønsker å vedstå seg sine tilbud". Nemnda var enig i disse betraktningene og la til grunn det samme. På tidspunktet vedståelsesfristen ble forlenget, var det naturlig å forstå valgte leverandørs forlengelse slik at tilbudet var bindende innenfor det tidsrommet en eventuelle klagebehandling ville ta. Dette tilsvarte eksempelet på forlengelse som var nevnt i NOU 2010:2, om "«én måned etter at håndhevelsesorganet har behandlet klagen» eller liknende". Vedståelsesfristen var derfor forlenget i tråd med regelverket.

KOFA KONFERANSEN 2017

KOFA konferansen avholdes i år den **9. november 2017**, så hold av datoen. Mer informasjon om foredragsholdere og program får du i neste nyhetsbrev i juni.



Kompensasjon av merverdiavgift ikke en direkte subsidie i forskriftens forstand

Klagenemnda tok i sak 2016/95 stilling til om kompensasjon av merverdiavgift ved bygging og rehabilitering av idrettsanlegg, kunne anses som en direkte subsidie etter forskriften § 1-2 (3).

Saken gjaldt en konkurranse om oppføring av overtrykkshall og rehabilitering av to tennisbaner. Innklagede – idrettslaget Heming – gjennomførte konkurransen uten forutgående kunngjøring.

Klager anførte at kontrakten var direkte subsidiert av det offentlige med mer enn 50 prosent, og at den derfor skulle ha vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. forskriften § 1-2 (3). Innklagedes inngåelse av kontrakt med den valgte tilbyderen, ble på denne bakgrunn anført å representere en ulovlig direkte anskaffelse.

Kontrakten var blant annet finansiert med spillemiddeltilskudd, og innklagede hadde ikke bestridt at disse midlene utgjorde en direkte subsidie etter forskriften § 1-2 (3). I tillegg hadde innklagede søkt om kompensasjon for merverdiavgift. Avgjørende for om kontrakten falt innenfor forskriften, var om denne kompensasjonen skulle inngå i beregningsgrunnlaget, og eventuelt med hvilket beløp.

Klagenemnda har ikke tidligere tatt stilling til hva som ligger i begrepet "direkte subsidiert" i forskriften § 1-2 (3). Begrepet er imidlertid behandlet av EU-domstolen i sak C-115/12 (Kommisjonen mot Frankrike). EU-domstolen kom i den saken til at *"statslige tilskud på 16 690 000 EUR i form af en skattelettelse"*, var en direkte subsidie av renoveringen og utvidelsen av et ferieanlegg. Avgjørelsen gir ifølge nemnda uttrykk for at det skal foretas en konkret vurdering av om det foreligger en direkte subsidie i direktivets og forskriftens forstand.

Ordningen med kompensasjon av merverdiavgift, uttaler nemnda, er styrt av budsjetttrammer. I dette ligger blant annet at kompensasjonen vil bli avkortet hvis Stortingets årlige bevilgning ikke er tilstrekkelig til å gi søkerne full kompensasjon. På kontraktsinngåelsestidspunktet vil det dermed være usikkerhet knyttet til om og eventuelt hvor mye merverdiavgift som vil bli kompensert.

Kompensasjonsordningen er et utslag av at idrettslagene ikke har merverdiavgiftspliktig omsetning, jf. merverdiavgiftsloven § 3-8 (2). Idrettslagene har dermed heller ikke rett til fradrag for inngående merverdiavgift etter hovedregelen i loven § 8-1.

Selv om merverdiavgiftskompensasjonen knytter seg til oppføring eller rehabilitering av konkrete idrettsanlegg, er virkningen således også å *"reducere visse generelle byrder for de berørte personer"*, til forskjell fra det som var tilfellet i sak C-115/12.

Klagenemnda fant på denne bakgrunn at en eventuell fremtidig merverdiavgiftskompensasjon ikke var en direkte subsidie i forskriftens forstand. Innklagedes oppføring av overtrykkshall og rehabilitering av tennisbaner, var da ikke "direkte subsidiert" med mer enn 50 prosent, jf. § 1-2 (3), og kontrakten var ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte derfor ikke frem.



Ulovlig direkte anskaffelse av 3D-printer

Sak 2016/134 gjaldt plikten for Norges Teknisk-Naturvitenskapelige Universitet (NTNU) til å kunngjøre anskaffelser i TED-databasen etter reglene i forskriften del III.

NTNU kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om kjøp av 3D-printer. Anskaffelsen hadde ifølge kunngjøringen og konkurransegrunnlaget en anslått verdi på 1,1 millioner kroner ekskl. mva. Konkurransen ble kunngjort i Doffin-databasen, men skulle ifølge klager også ha vært kunngjort i TED-databasen etter reglene i forskriften del III. Klager anførte på denne bakgrunn at innklagedes kontraktsinngåelse med valgte leverandør utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.



En ulovlig direkte anskaffelse er ifølge forskriften § 4-1 bokstav q en anskaffelse "hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen, eller en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen".

For "statlige myndigheter" gjelder det en plikt til å kunngjøre i TED-databasen alle vare- og tjenestekontrakter "der den anslåtte verdi overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva.", jf. § 2-2 (1) andre punktum. Bakgrunnen for bestemmelsen, skriver klagenemnda, er WTO-avtalen om offentlige innkjøp (Government Procurement Agreement – GPA). Avtalen gjelder for anskaffelser hvor verdien "equals or exceeds the relevant threshold" (uthevet her), og forskriften § 2-2 (1) andre punktum må forstås i lys av dette, jf. til sammenligning klagenemndas sak 2009/129 premiss 26-27. Statlige myndighet har etter dette en plikt til å kunngjøre i TED-databasen alle anskaffelser med en anslått verdi lik eller mer enn 1,1 millioner kroner ekskl. mva.

Det neste spørsmålet for klagenemnda var om NTNU er en "statlig myndighet", jf. § 2-2 (1) andre punktum.

Klagenemnda begynner drøftelsen ved å konstatere at NTNU ikke er et selvstendig rettssubjekt, noe som etter forskriften § 1-2 kjennetegner de offentligrettslige organene, og skiller dem fra de statlige, kommunale og fylkeskommunale myndighetene.

Etter 2001-forskriften gjaldt den lavere terskelverdien for "statlige oppdragsgivere som omfattes av WTO-avtalen om offentlige innkjøp [...]" (uthevet her), noe som på dette tidspunktet ikke inkluderte de statlige universitetene. Dagens forskrift, fra 2006, gjelder generelt for alle statlige myndigheter. Dette, uttaler nemnda, tilsier at de statlige universitetene allerede fra ikrafttreddelsen av 2006-forskriften har vært omfattet av den lavere terskelverdien.

I den reviderte WTO-avtalen av mars 2012 går det nå frem av den veiledende listen i Annex 1 punkt 12.15 at "Statlige universiteter og høyskoler (Universities and University Colleges)" er regnet som "central government entities". Bestemmelsen i forskriften § 2-2 (1) må dermed under enhver omstendighet forstås slik at de statlige universitetene – siden ikrafttreddelsen av den reviderte WTO-avtalen – er å anse som "statlige myndigheter" i forskriftens forstand.

Klagenemnda fant på denne bakgrunn at innklagedes kjøp av 3D-printer skulle ha vært kunngjort i TED-databasen etter reglene i forskriften del III. Innklagede kontraktsinngåelse med valgte leverandør utgjorde dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Tilbud levert til feil adresse skulle vært avvist

Klagenemnda konstaterte i sak 2016/118 at oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at dette tilbudet var levert til feil adresse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende ombygging av 2. etg i fløy A og C/D ved Helgelandssykehuset i Mosjøen. I konkurransegrunnlaget var det angitt at tilbudet "skal leveres skriftlig til COWI AS, Otto Nielsens vei 12, 7414 Trondheim, v/Bård Nilstad". Det var ikke åpnet for å sende inn tilbudet til andre adresser enn denne.

Valgte leverandør sendte tilbudet til innklagedes prosjektleder i Mo i Rana den 24. september 2015, dagen før tilbudsfristen. Tilbudet ble mottatt av prosjektlederen innen tilbudsfristens utløp og ble åpnet av prosjektlederen ved tilbudsfristens utløp dagen etter. Oppdragsgivers representanter i Trondheim fulgte tilbudsåpningen gjennom en videokonferanseløsning.

Spørsmålet som klagenemnda tok stilling til var hvorvidt innklagede hadde plikt til å avvise tilbudet fra valgte leverandør som følge av at tilbudet ble levert til en annen adresse enn den som var oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Klagenemnda uttalte at ordlyden i forskriften § 11-11 (1) bokstav a klart taler for at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. Etter nemndas syn var det heller ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke bestemmelsen innskrenkende ut fra formålsbetraktninger, eller ut fra hensynet til konkret rimelighet og økonomi. Både retts tekniske og prosessøkonomiske hensyn taler for en streng tolking av bestemmelsen. At innholdet i tilbudet ble formidlet gjennom videokonferanse kunne heller ikke endre dette. Nemnda konkluderte dermed med at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav a.

Klagenemnda har lagt til grunn en streng praksis for avvisning av tilbud hvor tilbudet er for sent innlevert eller levert til feil adresse. De strenge avvisningsreglene har til hensikt å sikre at samtlige leverandører behandles likt og samtidig forhindre at det ikke er noen mulighet for at for at opplysninger om innholdet i tilbudet kan ha kommet ut. Avvisningsplikten for formale feil er videreført uten materielle endringer i ny forskrift. Det betyr at det fortsatt – også etter at det nye regelverket trådte i kraft – vil være tilbyder som har risikoen for at tilbud blir levert på rett måte og til rett tid.

NY KONTAKTINFORMASJON FRA 1. APRIL 2017

Sentralbord: 55 19 30 00

Postboks: 511 Sentrum, 5805 Bergen

