



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Hei alle saman!

Dei siste vekene har debatten om kva særnorske innkjøpsreglar vi ynskjer i framtida rast i media. Det er mange motstridande oppfatningar og på KOFA sin årlege fagkonferanse den 31. oktober vil vi fortsette debatten. Her stillar Forenklingsutvalet, medlemmer i KOFA, NHO, KS, LO, Inventura AS og Helse Bergen HF, og vi håpar at også du kjem og deltar i debatten om kva innkjøpsreglar vi ynskjer i Noreg i framtida! Det er eit avgrensa tal plassar og det begynner allereie å fylle seg opp, så vi tilrårer å melde seg på så raskt som mogleg. Elles kjem Albert Sanchez Graells fra Universitetet i Leicester og snakkar om forholdet mellom EU sine konkurransereglar og EU sine anskaffingsreglar, sett i lys av dei nye EU direktiva om offentlige anskaffingar. Til slutt vil du også få ei gjennomgang av dei viktigaste KOFA-avgjerdene sidan førre fagkonferanse. Dette er altså noko du ikkje bør gå glipp av!

Elles begynner saksbehandlingstida i KOFA no endeleg å bli betrakteleg kortare. Dette er noko vi er glade for, då vi veit at det er viktig at våre avgjerder kjem raskt for å få mest mogleg praktisk tyding. Antatt saksbehandlingstid for klagar som kjem inn i dag, er 8-10 månader frå klaga kjem inn. Når den offentlege oppdragsgjeveren ventar med å inngå kontrakt, klarar vi stort sett å kome med vår avgjerd innan ca. 2 månadar.

Vi har også no behandla vår siste gebyrsak og som følgje av reglane om forelding, er det no ikkje høve for KOFA å pålegge overtredingsgebyr i fleire saker med påstand om ulovleg direkte anskaffing. Det einaste KOFA no kan gjere er å gje ei rådgivande uttale på om ei konkret anskaffing utgjer ei ulovleg direkte anskaffing. I perioden KOFA har hatt myndigheit til å pålegge overtredingsgebyr for ulovlege direkte anskaffingar, har KOFA behandla 352 slike saker og pålagt 81 overtredingsgebyr på til saman omlag 100 millionar kroner.

Då sjåast vi den 31. oktober i Bergen!



Sekretariatetsleder Erlend Pedersen

■ Ikkje grunnlag for å bruke forskrifta § 17-9 (2) analogisk i evalueringsfasen

I sak 2012/248 tok nemnda stilling til om forskrifta § 17-9 (2), som gjeld åtgang til å støtte seg på kvalifikasjonane til andre føretak når rådigheit over desse ressursane er dokumentert, skal brukast analogisk ved tildelingsevalueringa.

Som støtte for ein analogisk bruk viste klager til sak 2009/11, som klagar meinte la til grunn at forskrifta § 17-9 (2) også måtte gjelde for evaluering av tilboda.

Etter ein gjennomgang av relevante rettskilder, fann nemnda at det ikkje er grunn til å bruke forskrifta § 17-9 (2) analogisk, slik klager hevda.

Nemnda viste først til at sak 2009/11 gjaldt eit tilfelle der leverandøren i tilbodet hadde vedlagt CV til fleire personar som var tilsett hos underleverandøren, i samband med at underleverandøren hadde tatt på seg å stille med naudsynt personell og andre ressursar slik at leverandøren kunne oppfylle sine garantiar for levering. I saka uttalte nemnda i den samanhengen at *"Det må på denne bakgrunn, i analogi med anskaffelsesforskriften § 17-8 (2), også kunne legges vekt på ressursene i Axess Partnes AS."* Dette blei i sak 2009/98 forstått på den måten at også kravet til dokumentasjon av rådigheit over leverandørane sine ressursar må gjelde, sjå premissa 33-37.

Sakshøvet i 2009/98 blei i etterkant av klagenemndas avgjerd, brakt inn for domstolane i sak LB-2011-036129. Domstolen uttalte mellom anna at:

"Lagmannsretten er enig med staten i at både ordlyden og sammenhengen i regelverket tilsier at § 17-9 (2) kun gjelder kvalifikasjonskrav og ikke kan få anvendelse i tildelingsfasen i konkurransen. En analogisk anvendelse av forskriften fremstår derfor heller ikke som godt begrunnet."

I sak 2012/248 uttrykkjer nemnda at den er samd i lagmannsretten si forståing av forskrifta § 17-9 (2). At lagmannsretten si forståing er riktig, støttast av klagenemnda sin praksis som seier at utgangspunktet ved kvar evaluering av tilboda, er at den offentlege oppdragsgjevar må kunne stole på dei opplysingane som følgjer av leverandørane sine tilbod, og at det ikkje ligg føre nokon plikt for oppdragsgjevar til å kontrollere desse opplysingane, med mindre tilhøva tilseier særskilt kontroll. Nemnda viser også til at regelverket ikkje inneheld eit eksplisitt krav om at det er naudsynt med erklæring om å forplikte seg for å dokumentere det som er tilbydd, så som arbeid som skal utføres av andre enn tilbydar sjølv. Det visast også til at EU-domstolen i sak C-95/10 avviste at artikkel 47 (2), som forskrifta § 17-9 (2) gjennomfører, kan brukast analogisk på uprioriterte tenester. Nemnda peikte i den samanhengen på at ein må vere forsiktig med å bruke regelverket sine reglar analogisk. På bakgrunn av dette, fann klagenemnda at det ikkje var grunn til å bruke forskrifta § 17-9 (2) analogisk, slik klager hevda.

Husk å meld deg på vår fagkonferanse!

Den 31.oktober inviterar vi til fagkonferanse på Studensenteret til Universitetet i Bergen. På www.kofa.no kan du no finne det spanande programmet for dagen, og melda deg på.

Vonar at vi sjåast!

■ Oppdragsgjevar kunne avvise leverandørar på grunn av tidlegare regelbrot og kontraktsbrot

Klagenemnda har i sakene 2012/205 og 2013/25 handsama spørsmål om oppdragsgjevar hadde rett til å avvise ein leverandør på grunn av tidlegare regelbrot og kontraktsbrot.

I sak 2012/205 var omstenda at klagaren opphavelg hadde rammeavtale med den innklaga, om pasienttransport på land. Rammeavtalen blei avslutta fordi klagar hadde køyrt utan fartsskrivar, i strid med regelverket for yrkestransport. Dette var bakgrunnen for at rammeavtale om pasienttransport med klager blei oppsagd og kunngjort på nytt. Klagar leverte tilbod i den nye konkurransen, men blei avvist med den grunngevinga at klagar “i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje”, jf. forskrifta § 20-12 (2) bokstav d. Klagar førte fram at dette grunnlaget ikkje ga heimel for avvising i det konkrete tilfellet.

Klagenemnda set som utgangspunkt at regelen i § 20-12 (1) 2 bokstav d ikkje regulerer nærare kva tilfelle oppdragsgjevar kan avvise som følgje av alvorlege forsømmingar, og at det heller ikkje er oppstilt noko tidsgrense for når ei alvorleg forsømming kan utgjere avvisingsgrunn. I vurderinga må oppdragsgjevar utvise eit skjøn, der alvorsgraden av forholdet, tidslaupet mellom forsøminga og avvisinga, samt proporsjonalitetsprinsippet, må vurderast.

Klagenemnda visar også til Fornyings-, administrasjons- og kyrkjedepartementet sin rettleiar punkt 13.2.5, som seier at regelen ikkje krev at det ligg føre rettskraftig dom eller et vedtak, men at ein må stadfeste objektive bevis for at leverandøren har gjort seg skyldig i slike forsømmingar, som også kan omfatte brot på straffereglar eller etiske retningslinjer for yrket. Forsøminga må vidare vere av vesentleg tyding og må vere relevant for den konkrete anskaffinga. Kva som utgjør ei relevant forsømming, er ifølgje klagenemnda ganske vidt, jf. også EU-domstolen si avgjerd i sak C-465/11 premiss 27, om tilsvarande regel i direktiv 2004/18/EF.

I saka var det klart at klagar hadde brote regelverket for yrkestransport over lengre tid. Det var også uomtvista at klagar fekk køyreforbod etter å ha blitt stoppa i kontroll ved to høve. Etter å ha blitt stoppa i kontroll første gang, og fått køyreforbod, fortsette klagar å bruke køyretøy utan fartsskrivar. Utan fartsskrivar er det umogleg å kontrollere om drosjesjåføren har overheldt reglane om køyre- og kviletid, som er sentrale reglar i klagar sin bransje. Klagenemnda konstaterte på denne bakgrunn at klagar var skyldig i alvorlege forsømmingar mot faglege krav i sin bransje. Klagenemnda fann også etter ei konkret vurdering at avvising var i samsvar med det anskaffingsrettslege proporsjonalitetsprinsippet. Det blei vektlagt at regelbrota skjedde heilt fram til kort tid før kunngjeringsa, og at regelbrota klart var relevante for anskaffinga sidan fortskriftsmessige køyretøy er naudsynt for å kunne levere den aktuelle typen tenester. Det at klagar kort tid før anbodskonkurransen hadde retta opp i forholda som medførte alvorlege regelbrot, gjorde ikkje avvisinga uforholdsmessig. Vidare var det ikkje avgjerande at verken løyvemyndigheitene eller påtalemyndigheita fann å sanksjonere forholdet i form av inndraging eller strafferettsleg forfølging.

Etter ei heilskapeleg vurdering, kom dermed nemnda til at innklaga hadde rett til å avvise klagar med heimel i forskrifta § 20-12 (2) bokstav d.



I sak 2013/25 var klagaren avvist frå konkurranse om delkontrakt om mur- og flisearbeider fordi oppdragsgjevaren ikkje fann det påliteleg at klagar ville oppfylle kontraktsvilkåret om at leverandøren måtte være tilknytt lærlingordning, og vere villig til å ta inn lærlingar. Avvisinga bygde på klager hadde mislegheldt eit identisk kontraktsvilkår til lærlingordning i ein annan, pågåande, kontrakt om mur- og flisearbeider med innklaga. Det var særleg vist til at klagaren fekk avslag på søknad om godkjenning som sjølvstendig lærebedrift i murarfaget, utan at dette vedtaket var påklaga eller at klagar på annan måte var tilknytt lærlingordning i kontraktperioden.

Innklaga hadde nytta forskrifta § 20-13 (1) bokstav d, § 20-13 (2) bokstav a og § 20-12 (2) bokstav g som heimel for avvising. Klagaren motsette seg at forholda ga heimel til avvising i saka, ettersom klagar i sitt tilbod hadde kryssa av for å ha forstått og akseptert kontraktsvilkåra, og at innklaga difor måtte stole på at klagar ville knyte seg til ei lærlingordning innan kontraktoppstart. Sjølv om klagar fekk avslag på søknad om sjølvstendig lærebedrift, var det opplyst at klagaren kunne søke om samarbeid om inntak av lærlingar gjennom eit opplæringskontor, og partane var samde om at dette ville oppfylle kontraktvilkåret.

Klagenemnda tek føre seg dei heimelsgrunnlaga innklaga hadde oppstilt som grunnlag for avvising. Sidan det gjekk fram av tilbodet at kontraktsvilkåra var forstått og akseptert, inneheldt tilbodet isolert verken eit atterhald, avvik eller uklarheiter, og difor var ikkje reglane om avvisingsplikt i forskrifta § 20 13 (1) aktuelle i saka. Klagenemnda gjekk deretter gjennom praksis som opnar for at oppdragsgjevar vil kunne vektlegge forhold utanfor tilbodet ved tilbods-evalueringa og som grunnlag for avvising. Det vert uttalt at klagenemnda sin praksis opnar for at dei fakultative avvisingsreglene kan gje oppdragsgjevar ein rett, og i enkelte tilfelle plikt, til å avvise der det er grunn til å tru at leverandøren faktisk ikkje vil levere i høve sine forpliktingar, og at også læra om antesipert misleghald kan tenkast som sjølvstendig heimelsgrunnlag for avvising.

Klagenemnda uttalar at i slike situasjonar som saka omhandla, der oppdragsgjevar tvilar på ein leverandør sin pålitelegheit basert på tidlegare kontraktsbrot, kan det vere mest nærliggjande å vurdere om forskrifta § 20-12 (2) bokstav d gir grunnlag for avvising, med tilvising til Fornyings- og administrasjonsdepartementet sin rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar side 187 og 188, som visar til EU-domstolen si avgjerd i sak C-465/11 (Forposta). I saka hadde likevel ikkje innklaga framheldt at denne regelen ga grunnlag for avvising, og klagenemnda tek difor ikkje stilling dette.

Klagenemnda vurderte derimot om forskrifta § 20-12 (2) bokstav g kunne gi heimel til avvisning, og fann at klagar i det konkrete tilfellet kunne sjåast å ha gitt "grovt misvisande eller feilaktige opplysingar" om at dei forstod og aksepterte kontraktvilkåret om lærlingordning. Sjølv om klagar, så vidt klagenemnda kunne sjå, mogleg kunne oppfylle kontraktsvilkåret i den nye kontrakta ved å søke seg til ei lærlingordning, låg det samla sett føre ei rekke indikasjonar på at kontraktsvilkåret ikkje ville bli oppfylt. Klagenemnda la vekt på at klagar hadde over et nokså langvarig tidsrom mislegheldt eit identisk kontraktsvilkår om lærlingordning ved ein tilsvarande, pågåande, kontrakt med innklaga, at det var ingenting som tyda på at klagar hadde søkt seg til ei lærlingordning etter det aktuelle avslaget på søknad om sjølvstendig lærebedrift, og at klagar ikkje hadde teke skritt for å trygge innklaga om at klagar kunne og ville ta inn lærlingar ved kontraktoppstart. Det var difor forsvarleg av innklaga å leggje til grunn at klagar ikkje ville oppfylle kontraktsvilkåret, og at opplysinga i tilbodet dermed framstod som misvisande og feilaktig. På dette grunnlag fann nemnda at innklaga hadde hatt rett til å avvise klagar med heimel i forskrifta § 20-12 (2) bokstav g.

■ Kjøp av inkasso- og faktureringsstenester for inndriving av nettleige er omfatta av forsyningsforskrifta

Klagenemnda har i sak 2012/227 mellom anna handsama spørsmålet om kjøp av inkasso- og faktureringsstenester ved inndriving av nettleige er omfatta av forsyningsforskrifta.

Innkлага gjennomførte ein konkurranse for anskaffing av inkasso- og faktureringsstenester etter reglane i forsyningsforskrifta.

I saka var det ikkje tvilsamt at innklaga var ein oppdragsgjevar som er omfatta av forsyningsforskrifta, jf. § 1-2. Vidare har innklaga ansvar for distribusjon av elektrisk energi, og har områdekonsesjon for heile Vestfold, samt dei fire kommunane Skien, Porsgrunn, Bamble og Siljan. I tillegg eig og drifrar selskapet rundt 90 % av alt regionalnett i Vestfold og Telemark. Det var dermed også klart at nettverksemda i seg sjølv var omfatta av forsyningsforskrifta, ved at innklaga "drive[r] faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med [...] distribusjon av [...] elektrisitet", jf. forsyningsforskrifta § 1-3.

Spørsmålet var om den føreliggjande anskaffinga, som gjaldt kontrakt for inkasso- og faktureringsstenester, også var omfatta av forsyningsforskrifta. Problemstillinga vart om anskaffinga "har til formål [...] å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av" elektrisitet, jf. § 1-3.

Nemnda viste til avgjerda til EU-domstolen i sak C-247/89, som gjaldt transportsektoren, der det var uttalt at det ikkje skulle leggjast til grunn ei innskrenkande tolking av omgrepet "transportvirksomheder". Omgrepet måtte omfatte transportsektoren som heilskap, og vart sett å omfatte ein kontrakt om levering og installasjon av ein telefonsentral. Telefonsentralen vart vurdert å vere nært knytt til flytransport av personar og gods, og denne transporten ville ikkje kunne gjennomførast utan den naudsynte infrastrukturen og dei tenestene som lufthamna stilte til rådvelde.



Poulsen m.fl. (EU Udbudsretten: Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, Forsyningsvirksomhedsdirektivet (2011) 2. utgave) viser til C-247/89, og skriv at avgjerda "taler for, at der skal anlægges en funktionel betragtning ved afgrænsningen af de af forsyningsvirksomhedsdirektivet omfattede aktiviteter, og at kunne sådanne sideordnede aktiviteter vil være omfattet, som er nødvendige for udførelsen af den pågældende aktivitet."

Denne forståinga var klagenemnda einig i. Nettleige gjev nettselskapa inntekter til dekning av kostnadane i samband med drifta av energinettverk. Med tilvising til avgjerda i sak C-247/89 og juridisk teori, kom nemnda til at kjøp av inkasso- og faktureringsstenester ved inndriving av desse inntektene var omfatta av forsyningsforskrifta, ettersom inntektene var naudsynte for å utføre forsyningsaktiviteten.

■ **Bruk av feil CPV-kode for hovudanskaffing medførte ulovleg direkte anskaffing.**

I sak 2013/27 handsama klagenemnda spørsmålet om bruk av feil CPV-kode kunne likestillast med at innklaga ikkje hadde kunngjort oppdraget fullt ut.

Lenvik kommune kunngjorde i desember 2012 ein open anbudskonkurranse om prosjektering og oppføring av Finnsnes ungdomsskole. Anskaffinga var merka med CPV-koden 80200000 ("Under-visning på ungdomsskole/videregående nivå").

Klagar meinte at innklaga, ved å bruka feil CPV-kode, hadde gjennomført ei ulovleg direkte anskaffing. Dette var klagenemnda enig i. Nemnda la særleg vekt på føremålet med CPV-kodane og at den brukte CPV-koden gav eit misvisande treff og kan ha medført at potensielle leverandørar ikkje blei merksame på kunngjeringa om bygge- og anlegg-sanskaffinga.

Lenvik kommune vart i samband med saka også innklaga til ESA. ESA kom til samme konklusjon som KOFA og uttalte at CPV-koden som var brukt openbart avvek frå det som ville vore den korrekte klassifiseringa. ESAs konklusjon bygde på at CPV-kodar skal hjelpa moglege tilbydarar med å identifisera anbudskonkurransar og samtidig forenkla søket slik at språklege misforståingar vert unngått. Ved bruk av feil CPV-kode vil konsekvensen vera at potensielle tilbydarar ikkje oppdagar kunngjeringa. ESA konstaterte etter dette brudd på regelverket.

Vi ønsker alle våre abonnenter en fin høst. Neste nyhetsbrev medio desember.

