



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

Endringer i regelverket på plass

Ny lov og forskrift for offentlige anskaffelser er vedtatt og ikrafttredelse er fastsatt til 1. januar 2017. Klagenemnda har som varslet i lovforarbeidene fått tilbake myndigheten til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser. Den endelige lovteksten forutsetter imidlertid at det foreligger skyld for at klagenemnda skal kunne ilegge gebyr. Klagenemnda "skal" nå ilegge gebyr dersom det foreligger forsett eller grov uaktsomhet, og "kan" ilegge gebyr ved uaktsomhet. Dette er en endring sammenlignet med det objektive ansvar for ulovlige direkte anskaffelser som var foreslått i lovforarbeidene.

En annen uventet endring er at den nasjonale terskelverdien ble økt fra 500 000 kroner til 1.1 millioner kroner. Dette innebærer at det vil bli færre anskaffelser som skal kunngjøres enn tidligere, og det vil naturlig nok ha innvirkning på hvor mange og hvilke saker som blir klaget inn til KOFA i fremtiden.

Ikke bare lov og forskrift om offentlige anskaffelser er endret. Klagenemndsforordningen er også endret på noen vesentlige områder. Det er nå fastslått at dersom nemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, så skal gebyret på kroner 1000 sin helhet tilbakebetales. For andre saker så skal klagegebyret på kroner 8000 tilbakebetales i sin helhet dersom nemnda kommer til at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket som kan ha påvirket resultatet av konkurransen.

Andre endringer i klagenemndsforordningen er ny §13a 5 ledd hvor det fremgår at selv om klagen trekkes, så kan klagenemnda velge å fortsette behandlingen av saken og ilegge overtredelsesgebyr. Dette siste gjør det klart at klager ikke kan bestemme at nemnda skal avslutte sin behandling av en klage på ulovlig direkte anskaffelse dersom dette av ulike grunner skulle være ønskelig fra klagers side. Dette må antas å gjelde uansett på hvilket stadium i klagenemndas saksbehandling saken måtte befinne seg.

Temaet for årets KOFA konferanse er ulovlige direkte anskaffelser, men flere viktige andre tema vil også bli berørt. Aldri har det vært viktigere å følge med på utviklingen i regelverket. Responsen på årets konferanse har vært overveldende og det viser et nærmest utømmelig behov for faglig påfyll på dette området. Vi gleder oss til å bidra til økt kunnskap og forståelse om dette viktige og spennende regelverket den 10 november 2016.



Sekretariatsleder Anneline Vingsgård

■ Ikke grunnlag for omgjøring av tildelingsbeslutning

Klagenemnda tok i sak 2016/51 stilling til om det var grunnlag for omgjøring av en tildelingsbeslutning i forbindelse med en bygg- og anleggs anskaffelse.

Saken gjaldt oppføring av tre leilighetsbygg med åtte leiligheter i hver, samt garasjer. For å dokumentere at klager oppfylte kvalifikasjonskravet om "god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet" leverte klager en liste over referanseprosjekter, og blant disse var det to prosjekt klager fremhevet som ganske like oppføringen av de tre leilighetsbyggene. Disse gjaldt to leilighetskomplekser med 18 og 16 leiligheter. Ved den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen vurderte innklagede det slik at klager ved disse referanseprosjektene hadde dokumentert at kvalifikasjonskravet var oppfylt.



På bakgrunn av en klage fra en av de øvrige tilbyderne omgjorde imidlertid innklagede beslutningen om å tildele kontrakt til klager. Spørsmålet for nemnda var om den første vurderingen av klagers kvalifikasjoner var ulovlig.

Nemnda tok først stilling til hvordan kvalifikasjonskravet skulle forstås. På bakgrunn av praksis fra Høyesterett uttalte nemnda at konkurransegrunnlagets bestemmelser må tolkes objektivt, men at dette likevel ikke innebar en rent språklig fortolkning. Nemnda uttalte også at selv om innholdet i et kvalifikasjonskrav må fastlegges ut fra en objektiv fortolkning, er det ikke noe til hinder for at et kvalifikasjonskravet kan forstås på den måten at det gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering. Kvalifikasjonskravet i denne saken måtte nettopp forstås slik at innklagede ville gjøre en skjønnsmessig vurdering av om de arbeidene leverandøren presenterte som referanseprosjekter utgjorde god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet. Samtidig innebar måten kvalifikasjonskravet var utformet på at rammene for skjønnsutøvelsen er begrenset.

Slik kvalifikasjonskravet var utformet, var det etter nemndas syn innenfor innklagedes lovlige skjønnsfrihet at man opprinnelig hadde vurdert det slik at klagers referanseprosjekt oppfylte kvalifikasjonskravet. Nemnda uttalte om dette:

"Ettersom leilighetsbyggene som skulle oppføres omfattet tre bygninger med åtte leiligheter i hver, fremstår det fullt ut forsvarlig at innklagede anså klagers erfaring med 18 leiligheter i Bardufoss og 16 leiligheter på Skjold som "god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet"."

Innklagede ble heller ikke gitt medhold i en anførsel om at det ved den opprinnelige kvalifikasjonsvurdering ble fastsatt en terskel for å være kvalifisert, og at klager som følge av dette måtte avvises.

Nemnda konkluderte derfor med at innklagedes anførsler ikke gav grunnlag for å konkludere med at den opprinnelige tildelingsbeslutningen var ulovlig. Som følge av dette var klager urettmessig avvist.

■ Leiekontrakt eller bygg- og anleggs anskaffelse

I klagenemndas sak 2016/80 behandlet nemnda spørsmålet om grensen mellom leie av fast eiendom og kunngjøringspliktige bygge- og anleggskontrakter.

Saken gjaldt en konkurranse for leie av lokaler som ble avholdt av Haram kommune. Det tilbudte bygget måtte befinne seg i Brattvåg sentrum. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at det kunne tilbys lokaler i eksisterende bygg eller nybygg, eller en kombinasjon av disse. Det var også angitt en rekke krav til de lokalene som ble tilbudt. Videre ville valg av tilbud skje etter en totalvurdering av tilbudene der det ble lagt vekt på pris, kvalitet og funksjonalitet, fleksibilitet og beliggenhet.

Haram kommune mottok tre tilbud, herunder fra Samfjordkvartalet, som ble innstilt som vinner av konkurransen. Samfjordkvartalet leverte et tilbud som baserte seg på at deler av et eksisterende kjøpesenter ble revet og at et nybygg skulle oppføres i tilknytning til dette. Det var i hovedsak nybygget som ble tilbudt innklagede. Spørsmålet nemnda tok stilling til var om unntaket for leie av eksisterende bygg i forskriften § 1-3 (2) bokstav b kom til anvendelse for det nybygget valgte leverandør tilbød.

På bakgrunn av praksis fra EU-domstolen og klagenemnda uttalte nemnda at det avgjørende i denne forbindelse i første rekke er om avtalen rettslig sett vil måtte karakteriseres som en bygge- og anleggskontrakt i henhold til forskriften § 4-1 bokstav c.

Det alternativet i forskriften § 4-1 bokstav c som var aktuelt, inneholder to vilkår for at en kontrakt skal anses som en bygge- og anleggskontrakt. For det første må det være tale om et bygge- og anleggsarbeid. Ettersom nybyggets bestanddeler var tilstrekkelig til å oppfylle en teknisk funksjon alene, var dette vilkåret oppfylt. Det andre vilkåret er at bygge- og anleggsarbeidet oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Når det gjaldt forståelsen av dette vilkåret henviste klagenemnda til EU-domstolens sak C-451/08 premiss (67):

“For at det kan antages, at en ordregivende myndighed har præciseret sine behov i denne bestemmelses forstand, skal sidstnævnte have truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering.”

Nemnda uttalte om dette at Haram kommunes krav og føringer for hvordan leverandørene ville oppfylle forespørselen ikke var mer omfattende enn normalt for tilsvarende leieavtaler, men la ikke avgjørende vekt på dette. Nemnda viste også til EU-domstolens avgjørelse i sak C 536/07, hvor det også var tale om en avtale som inneholdt elementer som var vanlige for en leiekontrakt. På tilsvarende måte som i C 536/07 ville en avtale basert på Samfjordkvartalets tilbud rettslig sett måtte karakteriseres som en bygge- og anleggskontrakt.

Haram kommune hadde dermed ikke adgang til å gjennomføre konkurransen på annen måte enn ved kunngjøring i TED-databasen.

**Årets KOFA konferanse er nå fulltegnet,
men man kan be om å få bli satt på venteliste
ved å sende mail til betty.teigland@kofa.no**

■ Kontroll av referanser ved telefoniløsning

I klagenemndas sak 2016/105 hadde innklagede sendt ut spørreundersøkelser til tilbydernes referanser for å kunne vurdere et tildelingskriterium (opplevd dekning). Nemnda behandlet spørsmålet om det var uforsvarlig at innklagede ikke fulgte opp referansene eller på noen måte kontrollerte hvorvidt spørreundersøkelsen var mottatt.

MuseumsIT AS kunngjorde en åpen anbudkonkurranse om rammeavtale for telefoniløsning for selskapet. Kontrakt skulle ifølge konkurransegrunnlaget tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "Dekning", 40 %, "Kvalitet på tilbudte løsninger", 30 %, og "Samlede priser", 30 %. Som ett av fem angitte underkriterier under tildelingskriteriet "kvalitet" skulle leverandørene oppgi to referanser (kontaktpersoner hos leverandørenes kunder). Dette skulle gi grunnlag for å vurdere kundens opplevde dekning. Underkriteriet var etter det opplyste gitt en vektning på til sammen 8 % i en anskaffelse som var estimert til å ha en verdi på 15 til 20 millioner kroner.



Det fulgte av konkurransegrunnlaget at referansene ville bli tilsendt en brukerundersøkelse per e-post som skulle besvares og ville bli lagt til grunn ved vurdering av kriteriet. Videre fremgikk det at innklagede ville tildele null til ti poeng på besvarelsen av kriteriet, der ti poeng skulle tildeles det beste tilbudet, og null poeng skulle tildeles *"tilbud som ikke har besvart kriteriet"*. Hver tilbyder hadde oppgitt to referanser og innklagede sendte ut totalt ti brukerundersøkelser. Kun tre av referansene svarte på undersøkelsen, og klagers referanser svarte ikke på brukerundersøkelsen. Som konsekvens av manglende svar fra referansene ble klagers tilbud tildelt 0 poeng på underkriteriet som gjaldt opplevd dekning. Klagers hovedanførsel var at innklagedes unnlattelse av å følge opp referansene var uforsvarlig, og det kunne ikke gis 0 poeng når klager hadde oppgitt to referanser som etterspurt.

Konkurransegrunnlaget ga ifølge nemnda ikke noen plikt for verken innklagede eller klager til å følge opp referansene. Spørsmålet som nemnda tok stilling til var hvorvidt det var uforsvarlig at innklagede kun sendte ut spørreundersøkelsen per e-post, uten at innklagede kontaktet referansepersonene som ikke svarte innen fristen, når innklagede heller ikke på annen måte hadde forsikret seg om at mottakeren hadde mottatt e-posten. Nemnda uttalte i denne forbindelse at det ga *"innklagede en noe større grunn til å følge opp referansene at innklagede ikke på noen måte forsikret seg om at referansepersonene mottok e-posten."*

Nemnda kom til at innklagede var nærmest til å følge opp referansene ettersom det var innklagede som hadde sendt ut brukerundersøkelsen og innklagede kunne fulgt opp, for eksempel ved å ta en telefon, ved begrenset bruk av ressurser. Klager visste etter det opplyste ikke når undersøkelsen ble sendt eller hvilken svarfrist som var satt. Nemnda la vekt på at anskaffelsens verdi var relativt høy og det aktuelle underkriteriet fikk, med sin prosentvise vekt, stor betydning. Svært få referanser hadde vist seg å svare på undersøkelsen. Når forholdene lå slik an, kom nemnda til at det var uforsvarlig at innklagede ikke purret opp de referansene som ikke svarte på undersøkelsen.

■ Oppdragsgiveres utforming av kvalifikasjonskravene har betydning for rammene for innklagedes skjønnsutøvelse ved kvalifikasjonsvurderingen

Klagenemnda vurderte i sak 2016/53 hvorvidt innklagede hadde brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at selskapets "egenkapital er positiv".

Anskaffelsen gjaldt en kontrakt om veimarkeringsarbeid. I konkurransen var det oppstilt et kvalifikasjonskrav om at selskapets "egenkapital er positiv". Valgte leverandørs foreløpige balanse for regnskapsåret 2015 viste en "negativ egenkapital."

Valgte leverandør oppgav at årsaken til den negative egenkapitalen var at selskapet hadde solgt ut produksjonsvirksomheten sin til et nytt aksjeselskap i konsernet. I denne forbindelse var det tatt en del ekstraordinære kostnader, og det ble arbeidet med nye skatteposisjoner før endelig regnskap for 2015 ble klart. Valgte leverandør forklarte også at selskapet hadde mottatt et lån fra morselskapet i forbindelse med disse endringene i selskapet. Det var også vedlagt en e-post fra konsernsjefen i valgte leverandørs morselskap, hvor det fremgikk at *"For å ha tilfredsstillende egenkapital i Cleanosol AS fremover og en egenkapital som tilfredsstillende kravene i aksjeloven vil hele eller deler av lånet som Cleanosol AS har i konsernets cashpoolordning bli konvertert til egenkapital når det endelige regnskapet for 2015 er klart."*



Klagenemnda viste til at kvalifikasjonskravet etter sin ordlyd ikke la opp til noen skjønnsmessige vurderinger fra oppdragsgivers side. Klagenemnda utelukket ikke at innklagedes vurdering av foreløpig regnskapsinformasjon etter omstendighetene kan gi grunnlag for et visst skjønn med hensyn til å vurdere betydningen av opplysningene. På bakgrunn av at det var oppstilt et uttrykkelig krav til at egenkapitalen skulle være positiv, var det klart at rammene for en slik skjønnsutøvelse måtte være svært begrenset.

Forskriften § 17-8 (5) angir at *"[d]ersom leverandøren har gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om, kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet."* Klagenemnda forstod EU-domstolens avgjørelse i sak C-218/11 dithen at bestemmelsen ikke var anvendelig i et tilfelle som dette "

På denne bakgrunn slo klagenemnda fast at det i vurderingen av kvalifikasjonskravet, ikke var relevant at selskapet var tilført 30 millioner kroner i lån. Egenkapitalen i et selskap kan ikke endres ved alminnelige lånetilskudd.

Klagenemnda slo også fast at e-posten fra konsernsjefen i valgte leverandørs morselskap ikke ga tilstrekkelig dokumentasjon for at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Det fremgikk ikke av e-posten hvor stor del av lånet som ville bli konvertert. Det at egenkapitalen skulle være *"tilfredsstillende"* og at valgte leverandør skulle ha en egenkapital som *"tilfredsstillende kravene i aksjeloven"*, innebar ikke uten videre at selskapet ville ha positiv egenkapital etter konverteringen.