



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

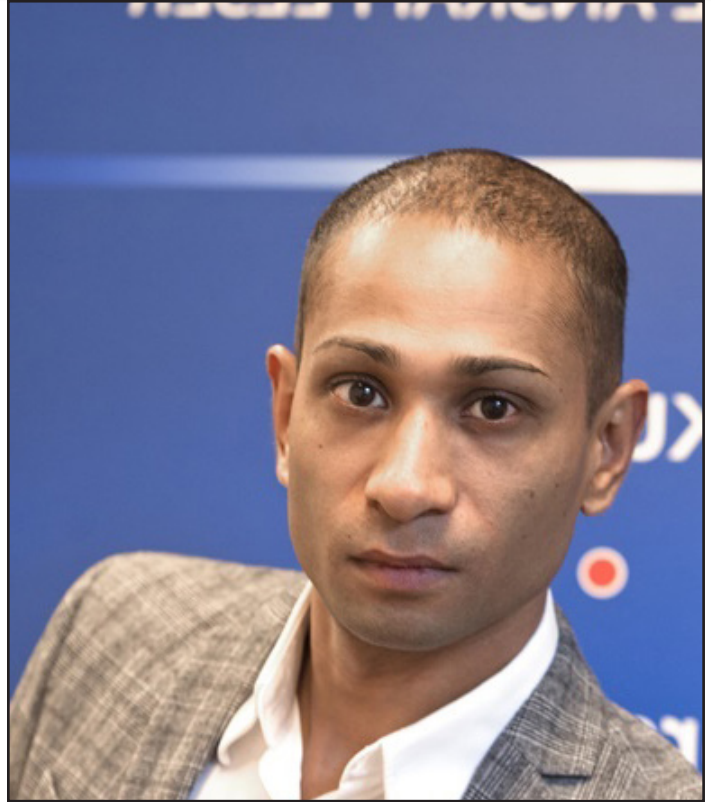
Hei alle sammen!

Da nærmer det seg juleferie, og vi i KOFA er i ferd med å avslutte årets siste saker. I dette nyhetsbrevet, kan du lese om de avgjørelsene KOFA-sekretariatet presenterte på årets KOFA-konferanse.

Fagkonferansen gikk av stabelen den 13. oktober på Scandic Ørnen i Bergen. Det var over 300 deltagere, hvilket igjen er ny rekord. Det synes vi er gøy, og vi vil igjen gjerne takke alle som kom og alle som holdt gode innlegg. Evalueringen av konferansen er også klar nå, og viser at dere stort sett var veldig godt fornøyd med dagen. Vi tar til oss at Scandic Ørnen nok var litt i minste laget til en så stor konferanse, og vil se nærmere på hvordan dette kan gjøres bedre til neste år.

Da gjenstår det bare for meg å ønske dere alle en riktig koselig julefeiring og et godt nytt år!

Julehilsen fra sekretariatsleder Erlend Pedersen



KOFAs fagkonferanse 2015 – viktige avgjørelser siden forrige konferanse

På KOFAs fagkonferanse har det vært vanlig at KOFA-sekretariatet presenterer noen av de viktigste avgjørelsene fra KOFA siden forrige konferanse, og årets konferanse var intet unntak. Nytt i år var imidlertid at presentasjonene tok utgangspunkt i ulike temaer. En slik temabasert gjennomgang av de viktigste KOFA-avgjørelsene siden forrige konferanse, har vært etterspurt av konferansedeltakerne fra tidligere år. Presentasjonsformen gjør det mulig å gå litt mer i dybden på de utvalgte temaene enn ved en ordinær gjennomgang av sakene. De tre utvalgte temaene var:

- 1) rett og plikt til å ta hensyn til opplysninger som ikke fremgår av tilbudet,
- 2) oppdragsgivers frihet ved valg av evalueringsmodell for å kåre hvilket tilbud som er best, og
- 3) forbudet mot vesentlig endring av kontrakt.

Vi vil i dette nyhetsbrevet gi en presentasjon av de tre temaene som også ble presentert på fagkonferansen.

1. Rett og plikt til å ta hensyn til opplysninger som ikke fremgår av tilbudet

En offentlig oppdragsgiver vil i noen tilfeller motta opplysninger enten om en leverandør eller om innholdet i et tilbud, som ikke fremgår direkte av tilbudet. Dette kan for eksempel være opplysninger om at valgte leverandør ikke har den erfaring som tilbudet gir uttrykk for, eller eksempelvis at det tilbudte produkt ikke har den funksjon eller kvalitet som fremgår av tilbudet. Deres oppdragsgiver mottar denne type opplysninger oppstår spørsmålet om hvordan disse skal håndteres. Hvorvidt oppdragsgiver har rett eller plikt til å undersøke disse opplysningene nærmere og deretter evt. legge vekt på disse opplysningene som ikke fremgår direkte av tilbudet, har vært gjenstand for vurdering i en rekke saker for klagenemnda.

Hovedregel

Den klare hovedregelen er at oppdragsgiver i utgangspunktet skal kunne stole på de opplysninger som fremgår av tilbudet. Det er ingen plikt til å undersøke om opplysningene er korrekte, med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning for kontroll. Dersom valgte leverandør etter kontraktsinngåelse opptrer i strid med de gitte opplysningene, kan dette utgjøre et kontraktmislighold som oppdragsgiver i så fall kan forfølge med kontraktmisligholdsbeføyelser.

Eksempler fra KOFA-praksis:

KOFA har i flere saker uttalt seg om oppdragsgiver rett og plikt til å undersøke opplysninger som ikke fremgår av tilbudet.

I klagenemndas avgjørelse i sak **2012/62** mottok oppdragsgiver opplysninger om at valgte leverandør hadde oppgitt ukorrekte mål på setehøyden på de tilbudte stolene. Opplysningene om setehøyden var basert på valgte leverandørs egen servicemanual, hvor det fremgikk helt andre mål enn det som var oppgitt i tilbudet.

Klagenemnda uttalte i den sammenheng at det burde være en relativt enkel øvelse for oppdragsgiver å kontrollsjekke setehøyden opp mot valgte leverandørs servicemanual. Opplysningene gav dermed en spesiell foranledning for kontroll, og nemnda konstaterte brudd på loven § 5.

Klagenemndas avgjørelse i sak **2015/53** gjaldt anskaffelse av juridiske tjenester. Etter at tildelingsmeddelelsen var sendt ut, mottok innklagede en klage på tildelingen hvor det blant annet var påstått at en av valgte leverandørs tilbudte advokater ikke hadde den erfaring som var oppgitt i tilbudet. Klager viste til at advokaten ikke hadde erfaring innenfor rettsområdet arbeidsrett gjennom sin tid som dommer, selv om det var opplyst i tilbudet at denne hadde avsagt dommer og kjennelser innenfor dette rettsområdet. Klager hadde gjennomgått samtlige dommer og kjennelser avsagt av advokaten når vedkommende var dommer, og hadde ikke funnet noen som relaterte seg til arbeidsrett. I dette tilfellet uttalte nemnda at ettersom dette var en prioritert sak og kontrakt ennå ikke var inngått, så hadde oppdragsgiver nå all foranledning til å undersøke om opplysningene fra klager var korrekte. Oppdragsgiver var dermed pliktig å undersøke disse opplysningene nærmere.

Sak **2013/119** illustrerer hvorvidt oppdragsgiver i det konkrete tilfellet hadde adgang til å omgjøre tildelingen basert på opplysninger om at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravene.

Frostatting lagmannsrett kjennelse LF-2014-32160, gir føringer på hvordan domstolen behandler spørsmålet om oppdragsgivers rett og plikt til å undersøke opplysninger nærmere.

Vi vil ønske alle våre lesere en riktig GOD JUL

2. Oppdragsgivers frihet ved valg av evalueringsmodell for å kåre hvilket tilbud som er best

Når oppdragsgiver skal velge evalueringsmodell, er målet å finne en metode som utpeker det tilbudet som er best på basis av tildelingskriteriene. For å nå dette målet er det avgjørende at oppdragsgiver er bevisst på om evalueringsmodellen kan medføre uventede eller vilkårlige resultater eller om man har en rasjonell, kommersiell begrunnelse for valget.

Regel

I sak T-402/06 (Kommisjonen mot Spania), ble det slått fast at valg av evalueringsmodell må overholde de tre kumulative betingelsene som fremgår av sak C-331/94 (ATI).

ATI-testen anvendt på oppdragsgivers frihet ved valg av evalueringsmodell innebærer at en evalueringsmodell er ulovlig dersom den:

- kunne ha påvirket tilbudsutformingen om den hadde vært kjent på forhånd
- endrer tildelingskriteriet
- er bestemt basert på forhold som kan virke diskriminerende for en av tilbyderne.

I tillegg indikerer EU-domstolens praksis at det er større rom for etterfølgende utdyping hvis det gis en rasjonell kommersiell begrunnelse for valget. Se for eksempel sak T-4/01 (Renco) og C-19/00 (SIAC).

Når en evalueringsmodell på forhånd er klart angitt i konkurransegrunnlaget, er utgangspunktet at det skal mer til for å anse modellen ulovlig.

3. Forbudet mot vesentlig endring av kontrakt

Anskaffelsesregelverket bestemmer hvilken prosess en offentlig oppdragsgiver skal følge for å inngå avtaler om kjøp av varer eller tjenester. Dersom en allerede inngått kontrakt endres vesentlig anses dette som en ny kontraktsinngåelse. Dersom verdien på den nye kontrakten overstiger kunngjøringsgrensene følger det av disse at denne må kunngjøres. Dersom dette ikke gjøres, vil den nye kontraktsinngåelsen utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Denne kan sanksjoneres med de sanksjoner som finnes for ulovlige direkte anskaffelser. Det vil si at kontrakten

Eksempler fra praksis

Spørsmålet om rekkevidden av oppdragsgivers frihet ved valg av evalueringsmodell har vært tema i mange KOFA-avgjørelser, også de siste årene.

En av de mest sentrale KOFA-avgjørelsene er sak 2014/95, som ble avgjort i stornemnd i april i år. Klagenemnda gjennomgår her en rekke avgjørelser fra EU-domstolen med relevans for problemstillingen. Oppdragsgiver hadde valgt å benytte en forholdsmessig evalueringsmodell, og saken er et eksempel på et tilfelle hvor valget av evalueringsmodell førte til at tildelingskriteriet ble endret og modellen ble derfor ansett regelstridig å bruke i denne konkurransen.

En sak hvor evalueringsmodellen derimot ble godtatt, er sak 2015/60. Her godtok klagenemnda en evalueringsmodell hvor det ble tildelt poeng lineært ut fra laveste pris, hvor høyere pris enn det dobbelte av laveste pris, fikk negativ poengsum.

Sakene 2014/96 og 2014/135 gir eksempler på at det er større rom for valg av evalueringsmodell dersom det gis en rasjonell kommersiell begrunnelse for valget.

Et eksempel på at oppdragsgiver ikke kan velge en evalueringsmodell som, hvis den hadde vært kjent på forhånd, kunne hatt betydning for tilbudsutformingen, kan man finne i avgjørelsen i sak T-402/06 (Kommisjonen mot Spania).

kan kjennes uten virkning, den kan avkortes eller oppdragsgiver kan ilegges et overtredelsesgebyr for kontraktsinngåelsen.

Vilkårene for hva som utgjør en vesentlig endring, og som dermed må likestilles med inngåelse av en ny kontrakt, er hentet fra EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (pressetext). Avgjørelsen er bygget på de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomskiktighet, og i tvilstilfeller vil antageligvis disse prinsippene –

i tillegg til kravet om konkurranse – være veiledende for hva som utgjør en ulovlig kontraktsendring.

Vesentlig endring av kontrakt kan deles inn i to hovedkategorier: 1) tilfeller der oppdragsgiver tar initiativ til eller er uttrykkelig enig i endringene, og 2) tilfeller der oppdragsgiver unnlater å gripe inn mot leverandørens foretatte endringer. For spørsmålet om det foreligger en vesentlig endring, og dermed en ulovlig direkte anskaffelse, er det uten betydning om endringen skjer på den ene eller andre måten. Dette kan illustreres med KOFAs avgjørelser i sakene 2014/139 og 2015/27.

Sak 2014/139 befinner seg i den første av disse to kategoriene. Statens vegvesen Region sør gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av ulike trafikk-sikkerhetstiltak, herunder et rekkverk på 7500 meter, som ifølge konkurransegrunnlaget skulle være i klasse H2/L2 med bakskinne. Kort tid etter kontraktsinngåelsen tok valgte leverandør initiativ til en rekke ulike endringer, herunder på leveringen av det nevnte rekkverket. Endringen besto her av at det ble levert et rekkverk uten bakskinne, i motsetning til det som ble foreskrevet i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver var uttrykkelig enig i denne endringen.

Et rekkverk uten bakskinne, påviste klager, er langt rimeligere enn et rekkverk med bakskinne. For valgte leverandør medføre endringen således store besparelser. Endringen medførte ikke en tilsvarende reduksjon i innklagedes vederlag til valgte leverandør. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at den økonomiske balansen i kontrakten hadde blitt forskjøvet i valgte leverandørs favør. Forskjellen i klagers og valgte leverandørs priser utover dette var liten. Nemnda fant dermed også at det var en nærliggende mulighet for at utfallet av konkurransen kunne ha blitt et annet dersom endringen hadde vært en del av den opprinnelige anskaffelsesprosedyren. I lys av dette ble endringen ansett som vesentlig og den “nye” kontraktsinngåelsen med denne endringen representerte en ulovlig direkte anskaffelse.

Sak 2015/27 tilhører den andre kategorien nevnt ovenfor. Den vesentlige endringen er i dette tilfellet

ikke uttrykkelig *avtalt*, men et resultat av mislighold av den inngåtte kontrakt fra valgte leverandørs side. Oppdragsgivers manglende eller utilstrekkelige reaksjon på misligholdet likestilles med situasjonen hvor endringene er uttrykkelig avtalt.

Innklagede, Eidsvoll kommune, gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av tjenester til innsamling og transport av husholdningsavfall. I konkurransegrunnlaget stilte kommunen krav om at kjøretøyene skulle være minimum i miljøklasse Euro 4. Høyere miljøklasse ville gi uttelling under tildelingskriteriet “Miljø”. Samtlige tilbydere, herunder valgte leverandør, leverte tilbud på kjøretøy i Euro-klasse 5.

For store deler av kontraktsperioden ble det imidlertid brukt kjøretøy i klasse 3. Misligholdet, som ble oppdaget av klager, ble først reagert på ved at innklagede fikk valgte leverandør til å signere en bekreftelse. Bekreftelsen gikk ut på at valgte leverandør, fra og med 1. november 2013, bare skulle bruke biler i Euro-klasse 5 ved utførelsen av oppdraget og at valgte leverandør skulle si ifra til oppdragsgiver om så ikke ble gjort. Fra januar 2014 til juni 2015 ble det likevel brukt biler i Euro-klasse 3 uten at valgte leverandør sa ifra om dette. Denne bruken fremgikk imidlertid av de veisedlene Eidsvoll kommune mottok månedlig fra valgte leverandør, og klager sa også gjentatte ganger ifra om dette. Bruk av kjøretøy i klasse 3, som – på grunn av høyere miljøutslipp – er billigere enn biler i en høyere miljøklasse, innebar en forskyvning av den økonomiske balansen i valgte leverandørs favør. Et krav i konkurransegrunnlaget om Euro-klasse 3 i stedet for klasse 4, kunne således ha å ført til et annet utfall av konkurransen ved at for eksempel andre leverandører kunne deltatt i konkurransen, andre biler kunne vært tilbudt og de priser som kunne vært inngitt kunne vært annerledes. Innklagedes mangelfulle håndhevelse av kontrakten utgjorde derfor en vesentlig endring av den inngåtte kontrakt og den “nye” kontraktsinngåelsen utgjorde således en ulovlig direkte anskaffelse.