



Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

KOFA året 2016

Klagenemnda for offentlige anskaffelser har i skrivende stund mottatt 179 klager, og vi regner med at det endelige antallet for 2016 ender på over 180 saker. I fjor kom det inn 140 saker. Det har derfor vært en økning i antall klagesaker i 2016 på 29 prosent. I 2016 har det vært en økning i antall prioriterte saker på 44 prosent i forhold til året før. Det anser KOFA som positivt fordi avgjørelsene til KOFA får større effekt når kontrakt ikke er inngått.

Som følge av økt klagetilstrømning har saksbehandlingstiden for uprioriterte saker økt. KOFA har ikke vært tilstrekkelig bemannet til å ta unna økningen i antall klagesaker. Det positive er at saksbehandlingstiden for prioriterte saker fremdeles holder seg lav på ca 2 måneder fra saken kom inn til den er publisert på www.kofa.no.

KOFA har imidlertid fått en budsjettøkning som følge av ny gebyrmyndighet slik at KOFA skal stå bedre rustet til å ta unna saker som kommer inn som følge av dette. KOFA har derfor som mål å opprettholde en lav saksbehandlingstid også når gebyrsakene skal behandles.



Sekretariatsleder Anneline Vingsgård

Det er viktig for alle involverte parter, og særskilt den offentlige oppdragsgiveren som risikerer overtredelsesgebyr, at gebyrsaken avgjøres så fort som mulig etter at saken er brakt inn til klageorganet. Ileggelse av gebyr er en forvaltningssanksjon som krever særskilte saksbehandlingsregler for å imøtekomme de krav til rettsikkerhet som slike sanksjoner fordrer. Dette medfører at sekretariatet gjennomsnittlig bruker lenger tid på en sak om ulovlig direkte anskaffelse enn en vanlig klagesak.

Et helt nytt anskaffelsesregelverk vil også skape nye rettslige problemstillinger som klagenemnda må ta stilling til. Rekordoppmøte på KOFAs konferanse den 10 november 2016 viser at mange er opptatt av det nye regelverket og ønsker å holde seg oppdatert.

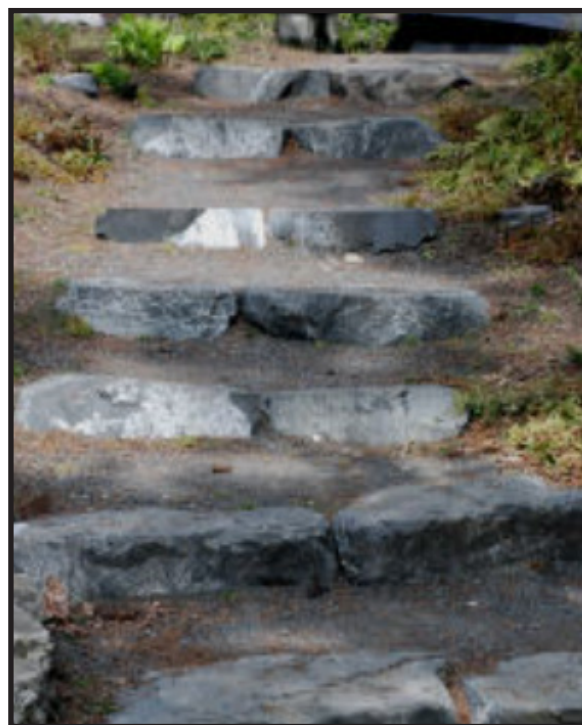
Vi gleder oss til nye utfordringer i 2017 og sekretariatet ønsker alle lesere en riktig god jul og et godt nytt år!

■ Bygging av steintrapp var ingen ulovlig direkte anskaffelse

I sak 2016/123 hadde innklagede inngått kontrakt om reparasjon av erosjonsutsatt sti og bygging av natursteintrapp til Reinebringen i Ytre Lofoten, uten å kunngjøre en konkurranse i forkant. Nemnda tok stilling til om dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, eller om unntaket i Forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (2), bokstav a kom til anvendelse.

Moskenes kommune publiserte en intensjonskunngjøring om at kontrakt om reparasjon av erosjonsutsatt sti og bygging av natursteintrapp til Reinebringen i Ytre Lofoten ville bli inngått. I kunngjøringen ble det oppgitt at unntaket i forskriften § 2-1 (2) kom til anvendelse.

Unntaksbestemmelsen i § 2-1 (2), bokstav a, innebærer at det ikke er nødvendig å kunngjøre en konkurranse i tilfeller der anskaffelsen kun kan foretas hos én leverandør, for eksempel av tekniske eller kunstneriske grunner. Kommunen begrunnet unntaket i at natursteintrappen skulle bygges i bratt terreng, uten maskiner, og at kommunen stilte krav om at leverandøren hadde erfaring fra minst tre lignende prosjekter. På denne bakgrunn mente kommunen at Stibbyggjaren var den eneste leverandøren som kunne utføre det aktuelle arbeidet.



Klager anførte imidlertid at også klager og eventuelt andre leverandører kunne ha utført arbeidet, blant annet fordi det fantes tørrmuringskompetanse i Norge og fordi leverandørene kunne leie inn utenlandsk arbeidskraft. Videre anførte klager at innklagede ikke hadde gjort tilstrekkelige undersøkelser i forkant av inngåelse av kontrakten.

Klagenemnda kom til at det aktuelle unntaket kom til anvendelse. Utgangspunktet var ifølge nemnda at unntaksbestemmelsen skulle tolkes strengt, og det var opp til innklagede å dokumentere at vilkårene for unntaket var oppfylt. Dokumentasjonsplikten omfang måtte imidlertid ses i sammenheng med anskaffelsens art og verdi. Ettersom anskaffelsens verdi kun var anslått til kroner 1 200 000, tilsa proporsjonalitetsprinsippet at det ikke burde stilles uforholdsmessig høye krav til innklagedes undersøkelser.

Nemnda vektla så at innklagede hadde opplyst å ha gjennomført en rekke undersøkelser knyttet til lignende prosjekter, og at sherpaene besitter en helt spesiell kompetanse med sin særegne teknikk, kunnskap og styrke. Ettersom det hastet å få på plass den aktuelle stien på grunn av rasfare og en rekke ulykker, la nemnda til grunn at andre leverandører ikke ville kunne få på plass tilsvarende virksomhet innen den tiden som var til disposisjon. Nemnda fant det dermed sannsynliggjort at det bare var Stibbyggjaren som kunne gjennomføre det aktuelle prosjektet.

■ Brudd på regelverket å vektlegge egne erfaringer

I sak 2016/124 behandlet nemnda blant annet spørsmålet om innklagede hadde brutt forskriften § 22-2 ved å vektlegge egne og andres erfaringer med klager.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om rammeavtaler for konsulenttjenester. Ett av tildelingskriteriene var "Plan for gjennomføring av oppdraget/metode". Herunder hadde innklagede stilt opp som et underkriterium "Totalinntrykk av konsulentens oppdragsforståelse under samtale". Det ble gjennomført en slik samtale med klager.

I evalueringen av klager la innklagede vekt på at klagers kontroversielle stil og mange roller hadde skapt misnøye blant innklagedes samarbeidsparter og i styret, og at klager ikke hadde gitt et "fyllestgjørende svar på sin rolleforståelse" i samtalen.

Klagenemnda viste til tidligere KOFA-praksis der det ble akseptert at oppdragsgivers egne erfaringer med en leverandør fra tidligere oppdrag vektlegges, dersom dette er gjort til et tildelingskriterium for konkurransen og oppdragsgivers egne erfaringer er objektivt konstaterbare. Nemnda la deretter til grunn at selv om det var klagers rolleforståelse, slik denne fremsto under samtalen, som var vektlagt, var grunnen til at dette var gjort til et tema nettopp de tidligere erfaringene med klager.

Forholdene som var vektlagt av innklagede gjaldt ifølge nemnda ikke konkrete hendelser, men var en karakteristikk av hvordan hendelsene hadde blitt oppfattet. Klager ble dessuten ikke gjort oppmerksom på at forholdene ville bli tema i samtalen, slik at han hadde liten anledning til å imøtegå synspunktene til innklagede. Når de tidligere erfaringene verken var konkretisert, eller ble presentert på innklagede slik at han kunne i møtegå dem, kunne ikke klager trekkes i evalueringen på grunn av usikkerheten knyttet til hans oppdragsforståelse. At det var gitt trekk for dette utgjorde et brudd på forskriften § 22-2.

■ Nytt regelverk trer i kraft fra 1.januar 2017

Forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 12. august 2016 gir anvisning på når den nye loven kommer til anvendelse.



Det fremgår av forskriftens § 1 at Anskaffelsesloven gjelder anskaffelser iverksatt etter lovens ikrafttredelse. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort. En anskaffelse som ikke kunngjøres, er iverksatt når oppdragsgiveren har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse.

■ Plikt til å hindre innsyn i taushetsbelagte opplysninger

Klagenemnda konstaterte i sak 2016/84 at oppdragsgiver brøt regelverket ved å oversende en utilstrekkelig sladdet versjon av klagers prisskjema til en annen tilbyder.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om leie av sengetøy og arbeidsklær. I konkurransegrunnlaget ble tilbyderne bedt om å levere to versjoner av tilbudet, én sladdet og én vanlig.

Innenfor tilbudsfristen kom det inn to tilbud, ett fra Rent Nordvest AS (klager) og ett fra Nor Tekstil AS. I tråd med konkurransegrunnlaget leverte klager to versjoner av tilbudet, én med sladd og én uten. Klagers prisskjema ble levert i Excel-format. I den sladdete versjonen av prisskjemaet, hadde klager brukt svart fyllfarge på alle enhetsprisene.



Kontrakt ble først tildelt Nor Tekstil. Etter at klager gjorde innklagede oppmerksom på en feil i klagers prisskjema, ble denne beslutningen omgjort og kontrakten tildelt klager. Nor Tekstil ba på denne bakgrunn om innsyn i klagers tilbud, herunder klagers prisskjema.

Innklagede besvarte innsynsbegjæringen ved å sende klagers sladdete versjon av tilbudet på e-post til Nor Tekstil, herunder det sladdete prisskjemaet i Excel-format. Av en etterfølgende klage ble det klart at Nor Tekstil med dette hadde fått kjennskap til samtlige av klagers enhetspriser.

Klagenemnda kom på denne bakgrunn til at innklagede ikke hadde oppfylt sin plikt til å “hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om [...] drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde”, jf. forskriften § 3-6:

Klagenemnda uttalte videre at: “Bestemmelsen innebærer en plikt for oppdragsgiver og dennes ansatte til å behandle konkurransesensitive opplysninger på en forsvarlig måte” (premiss 34).

Innklagedes handlemåte oppfylte etter nemndas oppfatning ikke denne aktsomhetsplikten. Avgjørende i denne sammenheng var at prisskjemaet ble sendt til Nor Tekstil i Excel-format, hvor sladden enkelt kunne fjernes. Dette, uttaler nemnda, burde innklagede ha vært klar over. At filen som Nor Tekstil mottok var i PDF, som følge av en konvertering i innklagedes e-postsystem, endret ikke på dette.

■ Tilbud med avvik fra reguleringsplan skulle vært avvist

Klagenemnda tok i sak 2016/138 stilling til betydningen av at et tilbud inneholder avvik fra den gjeldende reguleringsplanen.

Saken gjaldt bygging av et omsorgssenter. I konkurransegrunnlaget ble det stilt krav om at løsningen måtte være i samsvar med den vedtatte reguleringsplanen. Valgte leverandørs tilbud inneholdt ifølge klager flere avvik fra denne, og skulle derfor ha vært avvist.

Innklagede bestred ikke at valgte leverandørs tilbud inneholdt enkelte avvik fra reguleringsplanen. Ifølge innklagede var avvikene imidlertid ikke av en slik karakter at tilbudet skulle ha vært avvist.

Klagenemnda uttalte at avvik fra en reguleringsplan skiller seg fra andre typer avvik. I plan- og bygningsloven § 12-4 går det frem at reguleringsplanen fastsetter fremtidig arealbruk, og at planen er bindende for nye tiltak. "Et tiltak som er i strid med gjeldende planbestemmelser vil dermed som utgangspunkt ikke tillates oppført" (premiss 32). Unntak krever at det gis dispensasjon fra reguleringsplanen, eller at planen endres.

Nemnda konstaterte at et tilbud som inneholder avvik fra reguleringsplanen er "betinget av forhold utenfor tilbyders kontroll", og viser på dette punkt til lagmannsrettens avgjørelse i sak LE-2015-102226 (Seby AS mot Lørenskog kommune). Utfallet av bygningsmyndighetenes vurdering, tilføyer nemnda, vil også falle utenfor oppdragsgivers kontroll. Tilbud som inneholder avvik fra reguleringsplanen, vil dermed være vanskelige å sammenligne kvalitativt med de øvrige tilbudene. Dette skaper ifølge nemnda en "usikkerhet ved evalueringen som kan komme i konflikt med hensynet til likebehandling" (premiss 34).

Innklagede hadde videre ikke sannsynliggjort at det ville være kurant med dispensasjon eller endring av reguleringsplanen. "Slik saken er opplyst, har klagenemnda derfor ikke holdepunkter for at valgte leverandørs bygg vil kunne oppføres" (premiss 35).

Klagenemnda fant på denne bakgrunn at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde heller ikke vist at tiltaket kunne endres slik at det ble i samsvar med reguleringsplanen, uten at endringen ville stride med forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser. Innklagede hadde dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

Visste du at KOFA
har laget et klageskjema og
informasjon om hva en klage må inneholde.
Se www.kofa.no

■ KOFA konferansen 2016- ny rekord med 370 deltakere

KOFA konferansen ble i år gjennomført den 10 november 2016 på Clarion hotell Flesland. Tema for konferansen var nytt regelverk og ny myndighet for ulovlige direkte anskaffelser til KOFA. Statssekretær Lars Jacob Hiim åpnet konferansen. Nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohn holdt innlegg om gebyrmyndigheten og Nærings- og fiskeridepartementet ved underdirektør Liv Lunde orienterte om endringer i nytt regelverk, herunder den nye konkurranseformen. KOFA redegjorde for KOFA praksis innenfor fire viktige tema: ulovlige direkte anskaffelser, unntaket for erverv eller leie av fast eiendom, avvik fra kravspesifikasjoner og kravet til begrunnelse/innsyn i totalprisen i tilbudet.

Konkurransedirektør Lars Sjørgard og fungerende etterforskningsdirektør Sverre Gaalen viste med flere praktiske eksempler hvordan offentlige innkjøpere kunne avdekke ulovlig samarbeid. KOFA nemndsmedlemmene Kristian Jåtog Trygstad (advokat) og Halvard Haukeland Fredriksen (professor) holdt to svært aktuelle og praktiske foredrag om vesentlig endring og evalueringsmodeller. Til sist redegjorde Kristoffer Sællfors om det svenske konkurransverkets myndighet og viste til noen eksempler om ulovlige direkte anskaffelser som hadde blitt avdekket i Sverige den siste tiden.

370 deltakere fant veien til konferansen og det er ny rekord i antall deltagere på KOFA konferansen. I en brukerundersøkelse som ble sendt ut i etterkant har konferansen fått svært gode tilbakemeldinger. KOFA sekretariatet takker alle foredragsholderne og deltakerne for at det ble en så vellykket konferanse.



*Vi ønsker alle våre lesere
en riktig god jul*