



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Et tilbakeblikk på KOFA året 2017

Dette er årets siste nyhetsbrev fra Klagenemndssekretariatet.

Vi skal snart legge bak oss et svært hektisk år. Året har naturlig nok vært preget av at KOFA sekretariatet opphørte og ble en del av en nytt organ. Organet som betjener KOFA nemnda heter nå Klagenemndssekretariatet og betjener flere andre nemnder herunder den nyopprettede Konkurransklagenemnda, Lotterinemnda, Frivillighetsregisternemnda, Stiftelsesklagenemnda og Medieklagenemnda.

Det har vært viktig for oss at arbeidet i KOFA ikke skulle bli nevneverdig påvirket av at sekretariatet gikk inn i et nytt organ. Det er derfor positivt å se at KOFA har opprettholdt produksjonen fra 2016 ved at antall oppgjorte saker er det samme i 2017 (ca. 160 saker). Sakstilfanget i 2017 er også tilnærmet det samme som i 2016 (ca. 190 innkomne). Selv om nytt regelverk og ny gebyrmyndighet har gitt KOFA nye utfordringer, så har ikke 2017 faglig sett vært mer krevende enn andre år.

KOFA nemnda har hittil ikke ilagt gebyr for ulovlige direkte anskaffelser og foreløpig har ikke sekretariatet mottatt mange slike klager. Det blir spennende å se hva 2018 bringer på dette feltet.

KOFA konferansen den 9. november 2017 var også en stor suksess med 440 deltakere. Takk til alle som gjorde dette til en stor opplevelse for oss i sekretariatet og forhåpentligvis også alle tilhørerne. Tilbakemeldinger på programmet og opplegget mottas med takk slik at vi kan fortsette å utvikle det som er blitt en av Norges største anskaffelseskongresser.

Klagenemndssekretariatet ønsker alle våre abonnenter og lesere av våre avgjørelser en riktig god jul og et godt nytt anskaffelsessår.



Klagenemndssekretariatets leder
Anneline Vingsgård

Avgjørelse i sak hvor spørsmålet om hvorvidt kvalifikasjonskravene var oppfylt måtte avgjøres ut fra en konkret tolkning av tilbudet

Klagenemnda tok i sak 2016/189 stilling til om kvalifikasjonskravet gjennomføringsevne var oppfylt. Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse som Statens vegvesen gjennomførte for anskaffelse av en totalentreprisekontrakt for utbedring av en veistrekningen Slåtterkås – Årnes på Rv. 39.

I konkurransegrunnlaget var det oppstilt et kvalifikasjonskrav om gjennomføringsevne. De kravene som var oppstilt under gjennomføringsevne knyttet seg til tilbyders omsetning, nøkkelpersoners kompetanse og organisering. Det var oppstilt krav til teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som skulle disponeres for oppdraget. For prosjekteringsleder og planlegger/konstruktør var det stilt minimumskrav om utdanning på universitets-høyskolenivå, med minimum 2 år relevant fagkrets og minimum 5 års relevant erfaring.

Person A var oppført som ansvarlig for prosjektering og planlegger-funksjon. Person B var oppført som prosjekteringsleder/stikningsleder som igjen var underlagt en anleggsleder. Ved kvalifikasjonsvurderingen hadde innklagede lagt til grunn at det var person A som var tilbudt som prosjekteringsleder og som skulle oppfylle kvalifikasjonskravene. Innklagede så det derfor ikke sann at det var nødvendig at også person B måtte oppfylle kvalifikasjonskravene.

Nemnda var ikke enig i dette. Ut i fra en konkret tolkning av tilbudet konkluderte nemnda med at begge måtte oppfylle kravene siden begge skulle fylle rollen som prosjekteringsleder.

I prosjektbeskrivelsen fremgikk det at det var skilt mellom prosjekteringen i planleggingsfasen og frem til fysisk oppstart og utførelsesfasen. Nemnda tolket derfor tilbudet dit hen at valgte leverandør la opp til at person B skulle være prosjekteringsleder i den fasen av prosjektet der løsningskonseptet skulle bearbeides og detalj utvikles, og at person A skulle overta prosjekteringsansvaret i utførelsesfasen.

Nemnda konkluderte derfor med at tilbudet måtte forstås på den måten at både person A og B skulle inneha rollen som prosjekteringsleder, men i ulike faser av prosjektet. Uten holdepunkter for det motsatte, må det legges til grunn at kravene til prosjekteringsleders kvalifikasjoner også gjaldt for den som skulle ha denne rollen i prosjekteringsfasen, selv om denne rollen senere skulle fylles av en annen.

Avgjørelse om metode for evaluering av leveringstid

Sak 2017/125 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for kjøp av møbler til skole/SFO, barnehage og kontor. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved fastsettelsen av metoden for evalueringen av tildelingskriteriet service – leveringstid og garantitid. Konkurransen måtte avlyses som følge av denne feilen.

Selv om det som utgangspunkt hører under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å fastsette metode for evaluering av tilbudene, er skjønnet underlagt rettslige begrensninger. Av betydning for denne saken var at metoden ikke kan føre til en endring av tildelingskriteriet, og at metoden må også være egnet til å identifisere relevante forskjeller mellom tilbudene.

Det var forutsatt i konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet knyttet til leveringstid og garantitid skulle evalueres basert på tilbydernes besvarelse av et vedlagt responskjema. Responskjemaet for "beste leveringstider" var delt inn i fem poster, og det skulle gis en leveringstid for hver post i kategoriene kontormøbler, møbler til skole/SFO og møbler til barnehage.

Metoden innklagede anvendte for evalueringen av tildelingskriteriet innebar at tilbudene ble tildelt betydelige forskjeller i poeng for forskjeller i leveringstid som reelt sett ikke synes betydelige. Dette var spesielt fremtredende for leveringstid på kontorstoler til utprøving, hvor klager fikk null poeng for en leveringstid på to timer, sammenlignet med at valgte leverandør fikk full uttelling for en leveringstid på en time. Også for tilbudt responstid for kartlegging av behov for møbler, og for leveringstid for lagerførte møbler fremstod forskjellen i poenguttelling som betydelig. Det som utgjorde forskjellen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud på disse punktene, var at klager tilbød en leveringstid på inntil 24 timer, mens valgte leverandør tilbød leveringstider på henholdsvis en time og fire timer.

Forskjellen mellom tilbyderne på leveringstid var avgjørende for resultatet i konkurransen. Konkurransen gjaldt som nevnt levering av møbler, og ved utarbeidelsen av tilbudet hadde ikke leverandørene noen kjennskap til hvordan innklagede ville evaluere tilbudene. Ettersom relativt små forskjeller i leveringstid fikk avgjørende betydning for hvilken leverandør som ble tildelt kontrakt, var det klart at kunnskap om metoden ville kunne påvirke tilbudsutformingene. Leverandørene kunne vanskelig forutse at tilbudene ville bli evaluert på denne måten. I tillegg var det vanskelig å se at metoden egentlig var egnet til å identifisere relevante forskjeller mellom tilbudene. Klagenemnda var ikke enig i, som innklagede hadde anført, at bruken av en formel ved utregning av poeng i seg selv hindret at evalueringen gav vilkårlige resultater.

Avklaringsadgangen etter det nye regelverket

Sak 2017/139 gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av varmdrikkeautomater. I kravspesifikasjonen var det stilt krav om at dersom det ble tilbudt beger, skulle disse være komposterbare. Klager innga tilbud der det var oppgitt beger i prisskjemaet som ikke kunne komposteres. I en avklaringsrunde ba innklagede blant annet om bekreftelse på at tilbudte pappbege var komposterbare. Klager bekreftet dette, men innga dokumentasjon for et annet beger enn det som opprinnelig var oppgitt. Klager ble først tildelt kontrakt, men ble senere avvist da innklagede oppdaget at det ikke var samsvar mellom begeret som var tilbudt i det opprinnelige tilbudet og begeret som det senere ble inngitt dokumentasjon for. Klager anførte at det ikke var adgang til å avvise klager.

Nemnda innledet med å konstatere at det ikke var tvil om at det opprinnelige tilbudet inneholdt et vesentlig avvik. Kravet om at begerne skulle være komposterbare utgjorde en vesentlig begrensning for hvilke beger som kunne tilbys, og prisen for begerne utgjorde en betydelig del av evalueringssummen.

Spørsmålet i saken var om innklagede hadde adgang til å akseptere at klager tilbød et komposterbart beger i avklaringsrunden.

Nemnda kom til at innklagede ikke kunne akseptere dette. Nemnda viste til forskriften § 23-5, som tillater blant annet avklaringer av opplysninger eller dokumenter, så lenge ikke tilbudet forbedres. Nemnda uttalte i denne forbindelse at avklaringsadgangen er utvidet sammenlignet med reglene som var inntatt i 2006-forskriften. I hvilken utstrekning adgangen til avklaring ved tilbudsdokumentasjon er endret sammenlignet med reglene som gjaldt for saker som ble avgjort etter de tidligere direktivene, var imidlertid mer usikkert. I denne forbindelse viste nemnda til tidligere praksis fra EU-domstolen. I disse sakene gir EU-domstolen uttrykk for at likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet setter skranker for supplerings- og avklaringsadgangen. Og i den direktivbestemmelsen som forskriftens avklaringsregel gjenspeiler, uttales det nettopp at avklaring og supplerer er betinget av at likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet overholdes.

Ut fra avgjørelsene fra EU-domstolen konkluderte nemnda med at det avgjørende var om endringen reelt utgjorde et nytt tilbud. Dersom klager egentlig mente å tilby ett komposterbart beger, men ved en feil oppgav begeret som ikke kunne komposteres, og denne feilen var åpenbar, ville avklaringsreglene kunne gi adgang til å rette denne. Ut over klagers opplysning om at pappbeget og det tilhørende artikkelnummeret ble ført inn i prisskjemaet ved en feil, var det imidlertid ikke holdepunkter for dette. Det var heller ikke åpenbart for innklagede at prisen som var oppgitt gjaldt et komposterbart beger, når artikkel og navn tilsa noe annet. Dermed var endringen av tilbudt beger i realiteten et nytt tilbud etter utløpt tilbudsfrist. Innklagede var derfor forpliktet til å avvise klagers tilbud.

Stornemndssak – unntaket for samarbeid mellom offentlige myndigheter

I sak 2017/18 tok nemnda stilling til om to avtaler som var inngått mellom Riksantikvaren og NIKU, uten forutgående kunngjøring, var unntatt regelverket. Spørsmålet om avtalene var omfattet av regelverket ble vurdert med utgangspunkt i 2006-forskriften. Den ene avtalen gjaldt restaurering og konservering av et predellamaleri og en albertavle i en Lade kirke. Den andre avtalen gjaldt restaurering og konservering av en prekestol i samme kirke.

Bakgrunnen for at avtalene ble inngått var at Riksantikvaren hadde hjemmel til å delegere ansvaret for blant annet restaurering av "automatisk fredede kulturminner", herunder kirker, til NIKU. NIKU og Riksantikvaren hadde også en nærmere beskrevet arbeidsfordeling, som fremgikk i en rapport til Miljøverndeparte

Først vurderte og utelukkete nemnda ulike grunnlag for unntak fra regelverket, herunder utvidet egenregi og oppdrag som utføres på grunnlag av lov eller administrative bestemmelser. Heller ikke unntak for delegasjon av forvaltningsmyndighet, kom til anvendelse. Nemnda konkluderte imidlertid med at unntaket for samarbeid mellom offentlige myndigheter, var anvendelig.

I sin vurdering tok nemnda utgangspunkt i vilkårene som ble stilt opp i rettspraksis. Det må være tale om et samarbeid mellom offentlige myndigheter, samarbeidet må være om en felles oppgave og utelukkende styres av hensyn til offentlige interesser, og ingen privat virksomhet må stilles i en fordelaktig posisjon sammenlignet med sine konkurrenter.

Ut fra NIKUs finansiering, organisering og formål, kom nemnda til at det var klart at NIKU var et offentligrettslig organ og dermed også en offentlig myndighet. Nemnda drøftet videre hvorvidt det var tale om et samarbeid om en felles oppgave. Nemnda kom til at dette var tilfellet på bakgrunn av den spesifikke ansvarsfordelingen mellom Riksantikvaren og NIKU som myndighetene hadde lagt opp til, og som også syntes å være forutsatt i forskrift. Slik saken var opplyst fant nemnda ikke grunnlag for å hevde at samarbeidet ikke utelukkende var styrt av offentlige interesser eller at samarbeidet innebar at en privat aktør ble stilt i en fordelaktig posisjon sammenlignet med sine konkurrenter. Forskriften om offentlige anskaffelser kom derfor ikke til anvendelse.

Vi ønsker alle våre lesere en riktig God Jul

