

ARNTZEN
de BESCHE



Kunnskap om regelverket en forutsetning for gode innkjøp

02.05.13

Espen I. Bakken/Ronny Rosenvold

Tema

- Avrop under en rammeavtale
- Hvilke rettigheter forbigåtte leverandører har etter tildeling er gjort

Avrop under rammeavtaler

Definisjonen på en rammeavtaler

- Rammeavtale: *”Avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder”, jf. FOA §4-2(f)*
- FOA kapittel 6 – anskaffelser under EØS terskelverdi
- FOA kapittel 15 – anskaffelser over EØS terskelverdi

Rammeavtalen

- Rammeavtalen angir vilkårene for innkjøp over en viss periode
- Praktisk ved gjentatte kjøp av en vare/tjeneste og når oppdragsgiver ikke vet eksakt omfang og tidspunkt for innkjøpene
- Avrop under rammeavtaler gir raskere og rimeligere prosedyrer når kontrakt først skal inngås
- Kan inngås med én eller flere leverandører

Bruk av rammeavtaler

- Tildelingen følger anskaffelsesforskriftens bestemmelser, jf. FOA § 6-1/§15-1
 - Rammeavtale er en *kontraktstype* – prosedyrene i FOA kommer til anvendelse
- Valg av leverandør(-er) baseres på tildelingskriteriene for konkurransen
- Kontrakt innenfor rammeavtalen kan bare tildeles til leverandører som opprinnelig ble valgt som part i rammeavtalen, jf. FOA §6-1(3)/§15-1(3)
- Maksimalt fire år - hensyn til konkurransen

Rammeavtaler med én leverandør

To alternativer:

- 1) Rammeavtalen fastsetter vilkårene for kjøp: foretas på grunnlag av disse, jf. FOA §6-2/§15-2
- 2) Rammeavtalen fastsetter ikke alle vilkår: tillatt å be om skriftlig utfylling av tilbudet, jf. FOA § 6-2(2) og § 15-2(2),
 - Kun hvor rammeavtalen ikke fastsetter alle vilkårene for kjøpet, jf. Europakommisjonens retningslinjer
 - Ikke vesentlige endringer

Rammeavtaler med flere leverandører

- Rammeavtale med flere leverandører som kan levere samme ytelse (parallele rammeavtaler)
- Kontrakter over EØS terskelverdi: minst tre leverandører, så fremt det finnes et tilstrekkelig antall egnede leverandører, jf. FOA § 15-3
 - *” det [er] ikke forhold ved klagers produkt eller klager (...) som gjør at innklagede finner at det er manglende egnethet, men utelukkende at innklagede ikke har behov for å inngå rammeavtaler med mer enn to leverandører. En slik begrunnelse kan ikke være tilstrekkelig for å imøtekomme forutsetningen om manglende egnethet, da aksept av et slikt hensyn ville ført til at kravet om minst tre leverandører ville miste sin praktiske betydning”, jf. KOFA-sak 2008/213*
- Kontrakter under EØS terskelverdi: konkret vurdering av om to er tilstrekkelig for å skape konkurranse

Inngåelse av kontrakt under rammeavtale med flere leverandører

To alternativer:

- 1) Alle vilkårene for tildeling av kontrakt følger av rammeavtalen, jf. § 6-3(1)/§ 15-3(1)
 - 2) Alle vilkårene for tildeling er ikke fastsatt i rammeavtalen, og det skal gjennomføres minikonkurranse etter fremgangsmåte fastsatt i forskriften, jf. § 6-3 (3)/§ 15-3 (3)
- *”Hvorvidt alle vilkårene for tildeling av kontrakt er fastsatt i rammeavtalen eller ikke, blir således avgjørende for hvilken fremgangsmåte en oppdragsgiver må benytte ved gjennomføring av avrop”, jf. KOFA-sak 2010/33*

1) Alle vilkår er fastsatt i rammeavtalen

- Hvorvidt alle vilkårene faktisk er fastsatt i rammeavtalen vil bero på alminnelig avtalerettslig tolking av rammeavtalen. jf. KOFA sak 2010/36
- Tildeling følger resultatet av konkurransen om rammeavtalen
- *”Etter klagenemndas syn følger det av det grunnleggende kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, at (...) der alle vilkårene er fastsatt (...), må kontrakt i utgangspunktet tildeles den tilbyder som hadde det beste tilbudet. Dersom oppdragsgiver skal ha anledning til å fravike dette, og dermed endre rekkefølgen på hvem som skal tilbys kontrakten, må det fremkommet klart av rammeavtalen. Det må videre fremkomme på en klar og forutberegnelig måte hvordan oppdragsgiver i så fall skal komme frem til hvilken deltaker i rammeavtalen som skal tilbys kontrakten”, jf. KOFA sak 2010/36 premiss 44*
- Medfører at oppdragsgiver må holde seg strengt til vilkårene i rammeavtalen

2) Ikke alle vilkår er fastsatt i rammeavtalen

- Når ikke alle vilkår er fastsatt: forutsetter minikonkurranse
- Konkurransesgrunnlaget for rammeavtalen legger rammen for minikonkurransen
 - 1) Tildeling på samme vilkår som tildeling av rammeavtalen
 - 2) Vekting av tildelingskriteriene
 - 3) Andre vilkår – forutsatt at disse er nevnt i konkurransesgrunnlaget jf. FOA §6-3(3)/§15-3(3)

FOA §6-3/§15-3: angir strukturen for gjennomføring av minikonkurranse

- a. for hver kontrakt som inngås, skal oppdragsgiver skriftlig konsultere de leverandører som er i stand til å gjennomføre kontrakten,*
- b. oppdragsgiver fastsetter en tilstrekkelig frist til innlevering av tilbud på de enkelte kontrakter. Ved fastsettelse av fristen skal det tas hensyn til forhold som kontraktsgjenstandens kompleksitet og den tid som medgår til å utarbeide tilbud,*
- c. tilbudene skal sendes inn skriftlig og innholdet skal holdes fortrolig inntil utløpet av den fastsatte tilbudsfristen, og*
- d. oppdragsgiver tildeler hver kontrakt til den tilbyder som har gitt det beste tilbudet på grunnlag av de tildelingskriterier som er fastsatt i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.*

Hvilke rettigheter forbigåtte
leverandører har etter tildeling er gjort

Handlingsalternativer

- Aksept av oppdragsgivers valg
- Klage til oppdragsgiver
- Klage til KOFA
- Begjæring om midlertidig forføyning
- Søkmål
- Klage til ESA

Leverandørens krav på begrunnelse

Begrunnelsesplikten ved tildeling av kontrakt

- Uoppfordret begrunnelse, jf. FOA § 11-14 nr. 1, § 20-16 nr. 1
«Oppdragsgiver skal i samsvar med § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenperiode før inngåelse av kontrakt) annet ledd gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale. Oppdragsgiver skal i begrunnelsen opplyse navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier.»
- Skriftlig og skal opplyse navnet på valgte leveandør
- Redegjøre for valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler
- Ikke krav om individuell begrunnelse

Leverandørens rett til innsyn

Innsynsretten

- Offentleglova § 23 tredje ledd

”Innsyn skal gis i anskaffelsesprotokollen og tilbud i tid etter at meddelelse om tildeling er sendt ut og frem til kontraktssignering”

- KOFA - 2010/48 – Sør Varanger kommune, premiss 63

”Når offentliglova fastslår at tilbud og anskaffelsesprotokoll skal være offentlige fra valg av leverandør er gjort, er dette ikke bare ment å styrke allmennhetens behov for å etterprøve anskaffelsesprosessen før kontraktsignering, men også eventuelle forbigåtte leverandørers reelle klagemulighet før kontraktsinngåelse. [...] Hvor begrunnelsen for tildeling er ufullstendig eller mangelfull, vil innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll være særlig viktig for å sikre en effektiv etterprøvning av saksgang og håndtering av anskaffelsesprosessen.”

Taushetsplikten

- FOA § 3-6

”Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13 .”

Klage til KOFA

- Kunngjorte anskaffelser
 - Klage til med hjemmel i denne,
 - jf. KOFA-forskriften § 6 første leddklagenemnda må gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt
 - Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning. Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver,
 - jf. KOFA-forskriften § 6. andre ledd
- Ikke kunngjorte anskaffelser

Midlertidig forføyning

- Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, jf. LOA § 7
 - Tre vilkår for midlertidig forføyning
 - Må foreligge et hovedkrav
 - Brudd på anskaffelsesregelverket
 - Må foreligge sikringsgrunn
 - Ikke være uforholdsmessig
 - Etter kontraktsignering er leverandør henvist til domstolene med et krav om positiv alt. negativ kontraktsinteresse

Erstatning

- Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet, jf. LOA § 10
 - Tre vilkår for erstatning
 - Ansvarsgrunnlag, Årsakssammenheng og økonomisk tap
- Rettspraksis på området både fra EU-domstolen og norske domstoler
 - Rt. 1997 s. 574 (Firesafe), Rt.2001 s. 1062 (Nucleus), Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest), Rt. 2008 1705 (TA) og Rt. 2008 s.982 (Catch)

