

Årsrapport 2003 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innledning

Klagenemnda for offentlige anskaffelser ble etablert ved forskrift av 15.11.2002 med virkning fra 1.1.2003. Bakgrunnen for etableringen var et ønske fra Storting og regjering om å effektivisere regelverket for offentlige anskaffelser. Det var også et ønske om å forenkle leverandørenes klageadgang og at klagenemndas virksomhet bidrar til økt kompetanse og rettsavklaringer på området for offentlige anskaffelser.

Ved etableringen var det budsjettert med at det ville komme inn ca. 70 klagesaker første år. Resultatet ved årsslutt var 268 klagesaker. Den store pågangen viser at det har vært et reelt og udekket behov for å sikre like spilleregler ved konkurranser om offentlige oppdrag. Samtidig medførte den uforutsette pågangen av klagesaker problemer i forhold til den organisering det var lagt opp til. Det har derfor gjennom året vært nødvendig å øke sekretariatets bemanning, samtidig som alle nemndsmedlemmene har deltatt i langt flere saker enn forventet.

Det antas at offentlige anskaffelser i Norge utgjør ca. 220 milliarder kroner, og kontraktsverdien på mottatte klager i 2003 kan anslås til nærmere syv milliarder kroner. Klagenemndas virksomhet får forhåpentligvis stor betydning i arbeidet for å sikre effektiv ressursbruk gjennom reell konkurranse om offentlige oppdrag. Klagenemnda skal bidra til å realisere formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 1, som lyder:

”Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling”.

Behandlingen av innkomne saker

Av de 268 sakene som ble mottatt, var 182 ferdigbehandlet ved årets slutt. Restansen var således på 86 saker.

Klagenemndas sekretariat er gitt en vid fullmakt til å avvise saker dersom klagen er ubegrunnet eller fordi slik behandling ikke anses hensiktsmessig. Videre skal saker der klage fremsettes senere enn seks måneder eller mer etter at kontrakt er inngått avvises. Sekretariatet har utøvet en relativt streng sensur i forhold til hvilke saker som er blitt tatt opp til nemndsbehandling. Dette er gjort ikke minst for å spare oppdragsgiver for unødig arbeid og tap av tid i saker som klart ikke kan føre frem. Til sammen ble 76 saker avvist av ulike grunner.

31 saker løste seg og falt bort under saksforberedelsene.

75 saker ble realitetsbehandlet av klagenemnda i løpet av 2003.

Uttalelser fra klagenemnda og virkningen av disse

Klagenemnda er gitt kompetanse til å avgi uttalelse i enkeltsaker, og det er forutsatt at uttalelsen skal være rådgivende. I praksis vil imidlertid uttalelsen normalt bli lagt til grunn av partene. Uttalelsen blir da rådgivende i den forstand at det vil være opp til partene selv å komme til enighet om hvilke konsekvenser uttalelsen skal få.

I 2003 avga klagenemnda som nevnt 75 realitetsuttalelser. I 51 saker ble det lagt til grunn at det var begått brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Regelbruddene var av

mer og mindre alvorlig karakter. Klagenemnda er likevel av den oppfatning at dette er et for høyt antall regelbrudd. Erfaringen viser at dette dels henger sammen med at regelverket har vært for lite kjent, og dels at det kan være vanskelig tilgjengelig. I en del av sakene har de aktuelle feil vært unnskyldelige, mens i andre saker burde feilene ha vært relativt enkle å unngå.

Klagenemnda vil bare unntaksvis uttale seg om eventuelle regelbrudd kan gi grunnlag for å kreve erstatning. Andre konsekvenser skal ikke tas inn i uttalelsens konklusjon. Dette innebærer at det i praksis er overlatt til partene selv å ta stilling til hvordan saken skal løses, etter at klagenemndas uttalelse foreligger. Heller ikke i tilfeller der klagenemnda velger å uttale seg om erstatningsspørsmålet, vil partene være formelt bundet av det. Det er vanskelig å måle om klagenemndas uttalelser faktisk blir lagt til grunn av partene. Det er likevel klagenemndas inntrykk at dette gjennomgående gjøres.

Dersom kontrakt er inngått, vil det i noen tilfeller kunne rettes krav om erstatning overfor oppdragsgiver. Dette vil enten være erstatning for utgifter ved å ha deltatt i konkurransen, den såkalte negative kontraktsinteresse, eller tapt fortjeneste, det vil si den positive kontraktsinteresse. Klagenemnda er som nevnt gitt kompetanse til å ta stilling til om vilkårene for erstatning foreligger, en kompetanse som klagenemnda har benyttet med forsiktighet. I enkelte saker har klagenemnda likevel funnet grunn til å uttale at vilkårene for erstatning i den aktuelle sak synes å være oppfylt. Det må som oftest tas en reservasjon fordi nemnda må basere seg på skriftlig bevisføring.

Hvis kontrakt er inngått, og vilkårene for erstatning ikke foreligger, vil virkningen av klagenemndas uttalelse først og fremst vise seg i form av forbedringer ved senere anskaffelser etaten skal foreta. I tillegg vil det kunne være rettsspørsmål som avklares, slik at senere tvister mellom oppdragsgivere og leverandører kan unngås.

Klagenemnda har ikke ført nøyaktig statistikk over hvor mange saker som er påklaget før kontrakt er inngått, men antar at dette gjelder ca. 40 % av sakene. Når kontrakt ikke er inngått, skal oppdragsgiver innen fem dager opplyse om han vil vente med å inngå kontrakt til klagenemndas uttalelse foreligger. I vel halvparten av de saker der det ikke er inngått kontrakt, uttaler oppdragsgiver at han ønsker å vente.

Når kontrakt ikke er inngått, vil mulighetene for å rette eventuelle regelbrudd som avdekkes under klagebehandlingen, være større. Det kan for eksempel være tale om å:

- gjennomføre en ny evaluering av tilbudene,
- avvise en leverandør,
- la klager delta i konkurransen,
- gjøre endringer i konkurransegrunnlaget, eller
- avlyse konkurransen og kunngjøre den på nytt.

Klagenemnda er gitt kompetanse til å be om å få opplyst hva som vil bli gjort for å rette feil som er begått, eventuelt hva som vil bli gjort for å unngå tilsvarende feil i fremtiden. Det er klagenemndas oppfatning at de svar som er mottatt, viser at innkjøperne har vilje til å forbedre rutiner og etterlevelsen av regelverket.

Årsrapport 2003 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Det er anledning for klagenemnda til å avgi uttalelser med dissens. Dette er likevel så langt bare skjedd i én sak.

Klagenemndas rettsavklarende funksjon

Klagenemndas uttalelser er begrunnede, og avgjørelsene vil derfor kunne ha en god virkning i forhold til opplæring av både leverandører og oppdragsgivere. For å spre kunnskap om klagenemndas tolkninger av regelverket er det opprettet en tjeneste der interesserte leverandører og personer kan få elektronisk tilsendt nye uttalelser etter hvert som de foreligger. Det er så langt over 1.300 abonnenter på tjenesten blant bedrifter og offentlige etater. I tillegg legges alle klagenemndas avgjørelser ut på klagenemndas hjemmeside www.kofa.no. Det er derfor grunn til å tro at klagenemndas virksomhet har stor normdannende virkning for praksis. På hjemmesiden finnes også opplysninger om regelverket, og alle saker registreres her etter hvert som de kommer inn.

Medlemmer og sekretariat

Klagenemnda består av ti medlemmer, oppnevnt av regjeringen for perioden 2003-2006. Nemndmedlemmene er:

Advokat Bjørg Ven (leder)
Høyesterettsdommer Jens Bugge
Professor Per Christiansen
Lagdommer Svein Dahl
Lagdommer Inger Marie Dons Jensen
Advokat Morten Goller
Professor Kai Krüger
Advokat Inger Roll-Matthiesen
Advokat Siri Teigum
Advokat Andreas Wahl

Klagenemnda er for hver sak sammensatt av 3 nemndsmedlemmer. Det har stort sett vært avholdt møter til behandling av klagesaker hver 14. dag. Det er i tillegg holdt 4 plenumsmøter med alle nemndsmedlemmene til stede, for å diskutere spørsmål av mer prinsipiell karakter når det gjelder anvendelsen av regelverket og saksbehandlingen

I tillegg har klagenemnda et sekretariat, som pr. 31.12.2003 utgjorde 3 1/3 årsverk. Sekretariatet består for tiden av:

Robert Myhre (sekretariatsleder)
Yvonne Baade (sekretær - deltid)
Andreas Schei (førstekonsulent)
Marianne Guettler Monrad (førstekonsulent)

Økonomi

Klagegebyret er fastsatt gjennom forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser, og utgjør for tiden kr. 740. Klagenemndas budsjett for 2003 var på til sammen to millioner kroner.

Vurdering av sider ved klagenemndas virksomhet

Det er en nødvendig balanse mellom tilstrekkelig rettssikkerhet og grundighet knyttet til klagebehandlingen, og behovet for effektivitet og raske avgjørelser. Innenfor de rammer som er gitt, forsøker klagenemnda å ivareta begge aspekter. Arbeidsbelastningen har vært betydelig på grunn av de mange innkomne klagen.

1. forsinkelser i oppdragsgivers fremdrift

Klagenemnda bestreber seg i sitt arbeid på at klagebehandlingen ikke skal påføre oppdragsgivere mer arbeid og ulemper i forhold til fremdriften enn det som er en nødvendig følge av klagebehandlingen. Klagenemndforskriften forutsetter at det er oppdragsgiver selv som skal treffe beslutning om man skal vente med å inngå kontrakt til klagebehandlingen er avsluttet eller ikke. Det er således ingen nødvendighet at en klagebehandling skal medføre forsinkelser for oppdragsgiver.

Dersom oppdragsgiver velger å vente med å inngå kontrakt, vil saken bli prioritert av klagenemnda. Etter at partene har sendt inn dokumenter og inngitt tilsvare og eventuelt kommentarer til tilsvare, er det gjennomsnittlig gått ca. to uker før klagebehandlingen har vært ferdig.

2. merarbeid

Det kan reises spørsmål ved om klagenemndas virksomhet medfører økt belastning og merarbeid for offentlige oppdragsgivere. Mange oppdragsgivere vil nok kunne være av den mening, men klagenemndas oppfatning er at den merbelastning klagebehandlingen måtte medføre, oppveies av de fordeler det er å få en rask, utenomrettslig ekspertuttalelse om tvister som måtte oppstå i prosessen.

Statistikken for 2003 viser at det er svært få offentlige etater som er blitt klaget inn for nemnda mer enn en til to ganger. De som er klaget inn hyppigere, er et fåtall store offentlige virksomheter med et meget høyt antall anskaffelser og hvor det kan være forskjellige saksbehandlere på de forskjellige anskaffelser. Eventuelt merarbeid for oppdragsgivere er derfor, sett i et større perspektiv, relativt lite.

3. åpenhet

Det er viktig med åpenhet i saker om offentlige anskaffelser, noe som også ble påpekt av Stortinget under vedtakelsen av lov om offentlige anskaffelser § 7 a, som hjemler klagenemndas virksomhet.

Partsoffentligheten må være vidtrekkende som følge av at klagenemndas virksomhet er basert på kontradiksjon. Det vil ofte være vanskelige avveininger knyttet til hvor mye informasjon om den valgte leverandørens tilbud klager skal få tilgang til. Klagers behov for å kunne ivareta sine rettigheter gjør det ofte nødvendig med en vidtgående innsynsrett i dokumenter oppdragsgiver har i hende.

Norge er forpliktet etter EØS-avtalen til å sikre leverandører effektive og raske klagemuligheter, jf direktiv 89/665 og 92/15. Direktivene gjelder ikke direkte for klagenemndas virksomhet, men siden klagenemnda skal være et alternativ og supplement til ordinær domstolsbehandling, er det naturlig å se hen til de forpliktelser som følger av dette.

Årsrapport 2003 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Samtidig skal leverandører som har deltatt i en konkurranse om offentlige kontrakter, gis vern mot uberettiget spredning av konkurransesensitiv informasjon. Dersom det er tale om forretningshemmeligheter, er utgangspunktet at oppdragsgiver har taushetsplikt om slike opplysninger.

For klagenemnda vil dette medføre vanskelige avveininger i forhold til hvilke dokumenter klageren skal gis innsyn i, når dokumentene inneholder konkurransesensitiv informasjon hos den valgte leverandøren. Avhengig av klagers anførsler, kan tilgang til informasjon vedrørende den valgte leverandørens referanser, tilbudspriser, betalingsordninger og forslag til løsninger være nødvendige for å belyse saken.

Klagenemnda har på denne bakgrunn i plenum diskutert hvilken informasjon som i utgangspunktet skal regnes for forretningshemmeligheter, og kommet frem til at dette i første rekke gjelder tekniske metoder, oppbygning og løsninger. Den valgte leverandørs totalpriser vil ikke kunne regnes som forretningshemmeligheter. Når det gjelder referanser og delpriser, må vurderingen gjøres helt konkret.

I praksis er avveiningen av disse hensyn søkt løst gjennom å be oppdragsgiver spørre den valgte leverandøren om hvilke opplysninger denne anser som forretningshemmeligheter. Klagenemnda forsøker så langt det er mulig, å respektere den valgte leverandørens synspunkter om dette.

Det er i noen tilfeller gjort avtale med partene om at advokat eller revisor som representerer klager, gis tilgang til samtlige opplysninger under forutsetning av at denne påtar seg taushetsplikt om det nærmere innholdet overfor sin klient.

Det er sekretariatet som må foreta en konkret avveining av på den ene side behovet for å få opplyst saken, og på den annen side behovet for hemmelighold, og som eventuelt må gi pålegg om fremleggelse av dokumenter etter forskriften § 11. Et slikt pålegg kan påklages til klagenemndas leder, som tar endelig stilling til spørsmålet.

Klagenemnda ville se det som en fordel om leverandørenes rett til innsyn i opplysninger og dokumenter hos oppdragsgiver forut for en klagesak eller rettssak i større grad ble klargjort i gjeldende regelverk. Det har vært en viss frykt for at klager i noen tilfeller skulle inngi klage alene i den hensikt å skaffe seg innsyn i konkurrentens priser og tilbud. Klagenemnda kan ikke se at dette har vært noe merkbart problem til nå. På den annen side har oppdragsgivere vært for restriktiv med hvilke opplysninger de gir ut i sin begrunnelse for valg av tilbud, og ved oppfølgingsspørsmål fra klager. Dette skyldes i stor grad usikkerhet knyttet til hvilke opplysninger som kan eller ikke kan leveres ut.

Saksbehandlingstid

Som følge av periodevis ressursmangel, har det opparbeidet seg restanser der eldste, ubehandlede sak er ca. syv måneder gammel. Dette gjelder saker der kontrakt allerede er inngått.

Interne retningslinjer

Klagenemnda har gitt interne retningslinjer for saksbehandlingen som supplerer forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Retningslinjene er lagt ut på klagenemndas hjemmeside, www.kofa.no.

Statistikk

Klagenemnda har videre foretatt visse sammenligninger av hvordan klagesakene fordeler seg mellom henholdsvis kommuner/fylkeskommuner og stat (herunder helseforetak og statlig kontrollerte selskaper). Sammenligningen viser at klagesakene fordeler seg omtrent likt på disse to kategoriene, men med en tendens til at klagesakene mot staten er økende. Innenfor statlig virksomhet utgjør helseforetakene den største enkeltgruppen.

Statistikken for 2003 fordeler seg som følger:

Statlige etater mv¹:

Antall mottatte saker:	132	
Antall saker behandlet:	83	
Herav løst under saksforberedelsene:	15	(18 %)
Herav avvist:	40	(48 %)
Herav konstatert regelbrudd:	19	(23 %)
Herav ikke funnet regelbrudd:	9	(11 %)

Kommuner, fylkeskommuner mv.:²

Antall mottatte saker:	136	
Antall saker behandlet:	99	
Herav løst under saksforberedelsene:	16	(16 %)
Herav avvist:	36	(36 %)
Herav konstatert regelbrudd:	32	(32 %)
Herav ikke funnet regelbrudd:	15	(15 %)

Statistikken viser således en noe høyere andel regelbrudd i kommunal sektor enn i statlig sektor (32 % i kommunal sektor mot 23 % i statlig sektor). Statistikken tar imidlertid ikke hensyn til andel av saker som er avvist uten å være vurdert, og saker løst under saksforberedelsen. Tas dette ut av statistikken, viser fordelingen:

I saker mot kommuner mv. er det 46 % regelbrudd i saker som er realitetsvurdert.

I saker mot statlige etater mv. er det 38 % regelbrudd i saker som er realitetsvurdert.

Når det gjelder offentlig sektor sammenlagt, viser statistikken:

Årsrapport 2003 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Offentlig sektor samlet:

¹ Omfatter statlige etater, selskaper kontrollert av staten og helseforetak

² Omfatter kommunale foretak, interkommunale foretak og selskap kontrollert av kommuner

Antall mottatte saker:	268	
Antall saker behandlet:	182	
Herav løst under saksforberedelsene:	31	(17 %)
Herav avvist:	76	(42 %)
Herav konstatert regelbrudd:	51	(28 %)
Herav ikke funnet regelbrudd:	24	(13 %)

Klagenemnda har således konstatert regelbrudd i 28 % av antall saker som har vært behandlet. I forhold til antall saker realitetsbehandlet i nemnda (ikke avvist av sekretariatet), viser statistikken at det er regelbrudd i 68 % av sakene.

Når saker er blitt avvist, har grunnlaget for dette vært følgende:

Avviste saker:

Antall avviste saker totalt:	76
Ikke egnet for skriftlig behandling:	12
Gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser:	6
Ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem:	44
Kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden:	9
Mangler saklig klageinteresse:	5

Statistikk vedrørende leverandører som har klaget:

Klagenemnda har innhentet nærmere opplysninger om leverandørene som leverte inn klager i 2003. Opplysningene viser:

Gjennomsnittlig omsetning:	35 millioner
Gjennomsnittlig antall ansatte:	28 personer
Andel klagere som benyttet advokat:	49 %
Gjennomsnittlig omsetning i selskaper som benyttet advokat:	48 millioner
Gjennomsnittlig antall ansatte i selskaper som benyttet advokat:	31 personer

Dette viser at det særlig er små og mellomstore bedrifter som har hatt nytte av den nye klageordningen. Bedriftenes kostnader knyttet til å klage er større enn hva man kan få inntrykk av gjennom kun å se på klagegebyret, siden det i nær halvparten av sakene benyttes advokathjelp som ikke blir refundert. Det er videre de større selskapene som velger å benytte advokathjelp i klageprosessen.

Bruk av advokater:

Klagenemnda har også foretatt undersøkelser som viser hvordan statistikken ser ut i de saker der klager har benyttet advokathjelp:

Årsrapport 2003 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Ikke brudd på regelverket:	18 %
Brudd på regelverket:	36 %

Avvist:	26 %
Løst under saksforberedelsene:	10 %

Statistikken der klager ikke har benyttet advokathjelp viser:

Ikke brudd på regelverket:	11 %
Brudd på regelverket:	27 %
Avvist:	43 %
Løst under saksforberedelsene:	19 %

Erfaringer så langt

Klagenemnda har opplevd at samarbeidsklimaet både med leverandører og med oppdragsgivere som er klaget inn, er positivt. Det var i 2003 ikke noen vesentlige problemer knyttet til å innhente tilsvaret og dokumenter i klagesakene.

Av mer gjennomgående feil som er avdekket, er det særlig grunn til å fremheve manglende begrunnelser for valg av tilbud og problemer med å håndtere kriteriene for valg av tilbud. I enkelte tilfeller baseres valg av tilbud på andre kriterier enn de som ble tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget. I andre tilfeller blir ikke alle kriteriene i konkurransegrunnlaget vektlagt.

Klagenemnda har, som følge av den store pågangen av klagesaker, reist spørsmål ved om klagegebyret bør heves. Dette vil innebære at terskelen for å klage blir noe høyere, men ikke så høy at den vil avholde noen som mener seg uriktig behandlet, fra å klage. Klagenemnda har foreslått at klagegebyret passende kan settes til tre ganger rettsgebyret (for tiden kr. 2.220). Dette kan medføre en reduksjon i antall ubegrunnede klager, i tillegg til at dagens kapasitetsproblemer kan reduseres.

11/3 - 2004

Björg Ven (sign.)
Klagenemndas leder