Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Årsrapport 2004

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

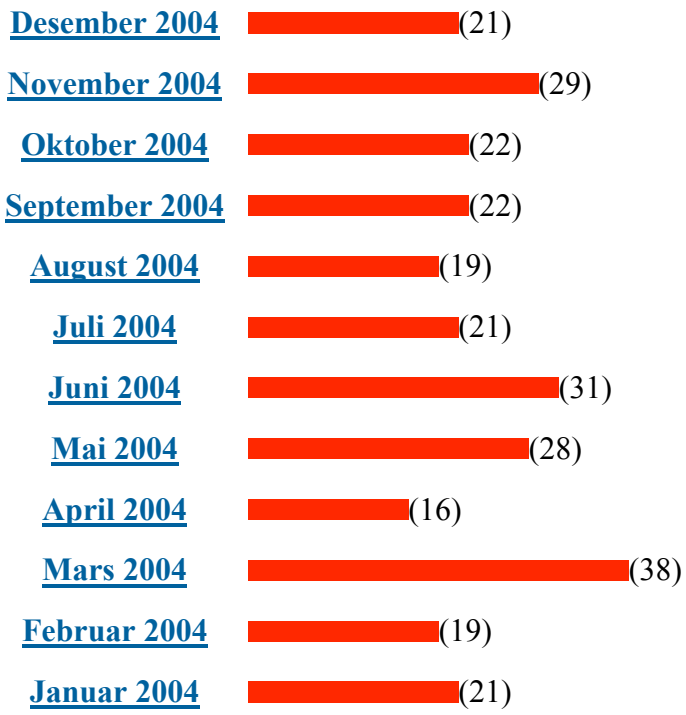
Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Innledning
Klagenemnda for offentlige anskaffelser ble etablert ved forskrift av 15.11.2002 og har vært i virksomhet siden 1.1.2003. 2004 var således nemndas andre driftsår. Bakgrunnen for etableringen var et ønske fra Storting og regjering om å effektivisere regelverket for offentlige anskaffelser og forenkle leverandørenes klageadgang. Klagenemndas virksomhet skulle dessuten bidra til økt kompetanse og rettsavklaringer på området for offentlige anskaffelser.

Klagenemnda mottok 287 klagesaker i 2004, som over året fordeler seg som følger:



Dette er 19 flere saker enn i 2003. Pågangen av saker er således relativt stabil, men på et høyt nivå. Selv om bemanningen i sekretariatet er økt med én saksbehandler fra sommeren 2004, og nemndsmedlemmene har deltatt i flere nemndssaker enn forutsatt, er det flere ubehandlede saker ved årsskiftet 2004/2005 enn ved forrige årsskifte. Ved utgangen av året var det således 99 saker under behandling, en økning på 13 saker fra 2003. Ut fra målsettingen om å sikre en rask og effektiv klagebehandling er dette ikke tilfredsstillende. Det er derfor behov for ytterligere ressurser, dersom antall innkomne saker holder seg på dagens nivå.

Klagenemnda har ikke ført statistikk over hvor mange saker som er påklaget før kontrakt er inngått, men vil anslå at for ca 30 % av sakenes vedkommende venter oppdragsgiver med å inngå kontrakt til klagenemnda har ferdigbehandlet asken. Disse sakene har klagenemnda prioritert, slik at en uttalelse normalt har foreligget før kontrakt skulle inngås.

Behandlingen av innkomne saker
Klagenemnda behandlet til sammen 248 saker i 2004. En større del av disse sakene ble mottatt i 2003. I 2003 ble det behandlet 182 saker. Klagenemndas sekretariat er gitt en vid fullmakt til å avvise saker dersom klagen er ubegrunnet, eller nemndsbehandling ikke anses hensiktsmessig. Videre skal sekretariatet avvise klager som fremsettes mer enn seks måneder

etter at kontrakt ble inngått. Sekretariatet har også i 2004 benyttet seg av denne adgangen til å sile saker som blir tatt opp til nemndsbehandling. Til sammen 104 saker ble avvist, mot 83 i 2003. Relativt mange saker løser seg under klagebehandlingen, uten at nemnda eller sekretariatet har tatt stilling til realitetene i saken. Til sammen 53 saker ble således løst under saksforberedelsene.

Av de 248 avgjorte sakene var til sammen 98 saker knyttet til staten eller statlige virksomheter. 39 av disse gjaldt sykehussektoren.

Uttalelser fra klagenemnda og virkningen av disse
Klagenemnda er gitt kompetanse til å avgi uttalelse i enkeltsaker, og uttalelsen skal være rådgivende. Rammene for klagenemndas uttalelser er gitt i Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 hvor det heter:

"Klagenemnda skal uttale seg om det er begått brudd på lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Uttalelsen skal være skriftlig og begrunnet. Slutningen skal angi hvilke regler som i tilfelle er brutt og hvilke omstendigheter som representerer slike brudd. Nemnda skal i slutningen ikke uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd. Dersom nemnda finner grunn til det kan den uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt.

Klagenemnda kan bare prøve lovmessigheten av unnlatelsen, handlingen eller beslutningen. Klagenemnda kan ikke gå utenfor partenes anførsler og påstander."

Selv om uttalelsen bare er rådgivende, er klagenemndas erfaring at uttalelsene normalt blir lagt til grunn av partene.

I 2004 avga klagenemnda 90 realitetsuttalelser. I 80 saker ble det lagt til grunn at det var begått brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, mens det i 10 saker ble lagt til grunn at det ikke forelå brudd på regelverket. Den høye andelen av saker der det er funnet brudd på regelverket, må sees på bakgrunn av at et stort antall klager blir avvist av sekretariatet fordi de klart ikke kan føre frem.



Ikke brudd på regelverket	10
Brudd på regelverket	80
Løst under saksforberedelsene	54
Avviste saker	104
Totalt	248

Klagenemnda mener å se en tendens til at regelbruddene – sammenlignet med 2003 - i mindre grad er opplagte brudd som klart skulle vært unngått. Dette kan tyde på at regelverket blir stadig bedre innarbeidet og at innkjøpere blir mer bevisste på innholdet i regelverket. I denne sammenheng kan klagenemndas virksomhet ha en positiv virkning.

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 sjelden har benyttet i 2004. Dette har sammenheng med den skriftlige behandlingsformen og en begrenset bevisførsel for nemnda. Det innebærer at det i praksis er overlatt til partene selv å ta stilling til hvordan et eventuelt erstatningsspørsmål skal løses, etter at nemndas uttalelse foreligger.

Klagenemnda kan 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 anledning for klagenemnda til å avgi uttalelser med dissens. Dette har ikke skjedd i 2004.

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 nærmere 2.000 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 en normdannende virkning for praksis. På hjemmesiden finnes også opplysninger om regelverket, og alle saker registreres her etter hvert som de kommer inn.

Klagenemnda har videre registrert at domstolene har lagt vekt på avgjørelser fra klagenemnda ved tolkning av regelverket. Dette gjelder f. eks. kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 31.8.2004 (LB-2004-40374) og dom fra Hålogaland lagmannsrett av 11.4.2004 (LH-2004-7353).

Domstolsprøving av saker som har vært til behandling i nemnda
Noen av de sakene klagenemnda har hatt til behandling, ble i 2004 brakt inn for domstolene. Dette gjelder for det første sak 2003/119 mot Gaular kommune som ble avgjort ved Sunnfjord tingretts dom i sak 03-00610 A. Retten kom som klagenemnda til at vilkårene for positiv kontraktsinteresse var til stede.

I sak 2003/1 mot Hemne kommune kom klagenemnda til at konkurransegrunnlaget var uklart, slik at tilbudene burde vært avvist. Her var retten av en annen oppfatning, jf Frostating lagmannsretts dom i sak LF-2004-24071.

Domstolenes kompetanse til å beslutte midlertidig forføyning
I samsvar med de generelle regler følger det av lov om offentlige anskaffelser § 8 at domstolene kan beslutte midlertidig forføyning mot overtredelser av loven eller tilhørende forskrifter. Slik forføyning vil normalt bestå i et rettslig forbud mot å inngå kontrakt i en nærmere angitt periode. I to saker klagenemnda kjenner til, er det gitt midlertidig forføyning med varighet frem til saken er behandlet av klagenemnda. Dette gjelder Salten tingretts

kjennelse av 22. desember 2004 i sak 04-01414 D og Stjør- og Verdal tingretts kjennelse av 8. oktober 2004 i sak 04-691 D.

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 i 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 2 plenumsmøter med alle nemndsmedlemmene til stede for å diskutere spørsmål av mer prinsipiell karakter når det gjelder anvendelsen av regelverket og saksbehandlingen

Klagenemndas sekretariat utgjorde 4 1/3 årsverk pr. 31.12.2004. Sekretariatet består for tiden av:

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

Økonomi
Klagegebyret er fastsatt gjennom forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser, og utgjør ett rettsgebyr, for tiden kr. 840. Klagenemnda har foreslått at klagegebyret burde økes noe, til tre ganger rettsgebyret. De samlede kostnadene knyttet til virksomheten for 2004 var 3,3 mill. kr.

Saksbehandlingstid
Gjennomsnittlig saksbehandlingstid er pr. 15.2.2005 96 dager. Dette fordeler seg med 54 dager i saker der oppdragsgiver venter med å inngå kontrakt, og 208 dager i saker der kontrakt er inngått. Klagenemnda ønsker at saksbehandlingstiden skal reduseres, men ser dette som vanskelig med dagens bemanning i sekretariatet.

En årsak til at saksbehandlingstiden har økt noe i inneværende år, er at sakene er blitt mer kompliserte. Dette gjelder både de rettslige og faktiske spørsmål som nemnda må ta stilling til.

Erfaringer så langt
Klagenemnda har merket seg en tendens til at enkelte leverandører ønsker at klagenemnda skal foreta en innkjøpsfaglig overprøving av tildelingen. Klagenemndas kompetanse er

imidlertid begrenset til å vurdere om det er begått saksbehandlingsfeil, om oppdragsgiver har basert seg på feil faktum eller lovforståelse, om det er tatt utenforliggende hensyn eller om skjønnsutøvelsen er vilkårlig. Evalueringen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, vil således ikke kunne overprøves.

Klagenemnda vil understreke at det er en sammenheng mellom oppdragsgivers frihet ved skjønnsutøvelsen og kravet til begrunnelse i etterkant. Sak 2003/247 kan være en illustrasjon på dette. Innklagede gjennomførte en konkurranse om levering av kurs for arbeidssøkende i kommunikasjon. Det ble angitt fem kriterier for valg av tilbud. Innklagede valgte et tilbud som lå fire til fem ganger over de andre tilbudene i pris, uten at det ble gitt en begrunnelse for dette som tilfredsstilte kravene i forskriftens § 17-3 (2). Innklagede hadde heller ikke under klagebehandlingen vært i stand til å gi noen tilfredsstillende forklaring på valg av tilbud. Klagenemnda uttalte at: " En så markant prisforskjell krever en særlig god begrunnelse for å velge leverandøren med den høyeste prisen". Klagenemnda konkluderte derfor med at skjønnsutøvelsen hadde vært vilkårlig, og at valg av tilbud var i strid med kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5.

Det ble i 2004 behandlet to saker hvor det var problemer med å få innhentet dokumenter fra innklagede. Dette gjaldt henholdsvis en klagesak mot Sørlandet sykehus og en klagesak mot Stavanger kommune m.fl. Bakgrunnen var at oppdragsgiver i disse sakene anførte at de ikke var forpliktet til å legge frem dokumenter for nemnda, fordi dokumentene inneholdt forretningshemmeligheter. Begge sakene ble imidlertid etter hvert løst.

På denne bakgrunn innhentet nemnda en vurdering fra Justisdepartementets Lovavdeling vedrørende oppdragsgivers plikt til å fremlegge dokumenter for nemnda. Lovavdelingen uttalte at det etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 11 er sekretariatet som avgjør om det skal gis pålegg om fremleggelse av bevis. Dette innebærer etter Lovavdelingens syn at en oppdragsgiver som påberoper seg at dokumentet ikke kan utleveres fordi det inneholder forretnings- eller driftshemmeligheter, likevel har plikt til å fremlegge dokumentet til gjennomsyn for en nærmere vurdering og avgjørelse av innsigelsen. Hensynet til lovens effektivitet tilsier at avgjørelsesorganet (sekretariatet eller nemndas leder) må ha adgang til å kontrollere om dokumentene faktisk inneholder drifts- eller forretningshemmeligheter.

Hvis sekretariatet eller nemndas leder finner at dokumentet inneholder drifts- eller forretningshemmeligheter, skal det som hovedregel tas ut av saken. Dokumentet kan likevel pålegges fremlagt selv om det skulle vise seg å inneholde forretnings- eller driftshemmeligheter. Vilkåret er at avgjørelsesorganet finner fremleggelse påkrevet etter en avveining av hensynet til sakens opplysning mot hensynet til hemmelighold. Ved den interesseavveining som skal foretas, vil det være av vesentlig betydning hvor sentralt det som kreves fremlagt, må antas å være som bevis i saken. Eventuelle skadevirkninger ved pålegg om fremleggelse kan dempes ved at motparten underlegges taushetsplikt.

15. mars 2005
Bjørg Ven (sign.)
Klagenemndas leder