

Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Årsrapport 2006

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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 01.01.2003. 2006 var dermed nemndas fjerde driftsår. Bakgrunnen for etableringen var et ønske fra Stortinget og regjeringen 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.

I 2006 mottok klagenemnda 158 saker. Dette er langt lavere enn i 2005 og 2004 da det kom inn 287 saker hvert år. I nemndas første virksomhetsår mottok vi 268 klagesaker. På bakgrunn av tilgangen de siste månedene i 2006 og begynnelsen av 2007 synes det som om antallet innkommende saker har stabilisert seg på mellom 10 – 15 saker i måneden. Samtidig som antallet saker er færre enn tidligere, er inntrykket at de sakene som nå kommer inn er mer omfattende, og dermed mer arbeidskrevende. Det er færre enkle avvisningssaker, og flere saker blir behandlet for nemnda.

Ved utgangen av året var det 106 saker under behandling i sekretariatet, mot 126 ved forrige årsskifte.

Klagesaker i 2006
176 saker ble ferdigbehandlet i 2006. Det er 84 færre enn i 2005. 119 av disse sakene ble mottatt i 2005, 57 i 2006. 83 klager gjaldt anskaffelser foretatt av kommuner eller fylkeskommuner og 33 klager gjaldt helseforetakene. Det er grunn til å tro at det store antallet saker mot kommuner og helseforetak gjenspeiler det faktum at en svært høy andel av det offentliges samlede anskaffelser foretas av disse. Resten av sakene gjaldt i hovedsak statlige etater, slik som Statens vegvesen, Forsvaret og Aetat, samt interkommunale selskap og aksjeselskap underlagt offentlig kontroll, eller som driver virksomhet innen forsynings-sektoren.

Behandlingen av innkomne saker
Klagenemndas sekretariat har myndighet til å avvise saker. Dette gjelder for det første dersom klagene har formelle mangler, dvs at de fremsettes mer enn seks måneder etter at kontrakt er inngått, at de fremsettes av en som ikke har saklig klageinteresse, eller at de ikke gjelder regelverket for offentlige anskaffelser.

Videre kan sekretariatet avvise saker som er "uhensiktsmessige" for behandling i klagenemnda. På grunn av skriftlig saksbehandling er klagenemnda lite egnet til ta stilling til uenighet om faktum i en sak. Saker hvor uenigheten mellom partene først og fremst gjelder faktum, vil derfor bli avvist. I tillegg har sekretariatet utviklet en praksis med å avvise saker som åpenbart ikke kan føre frem, dvs saker der sekretariatet finner det klart at oppdragsgiveren ikke har begått et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, eller det dreier seg om bagatellmessige forhold som ikke kan ha hatt betydning for tildelingen av kontrakt. Dette gjelder en god del saker. Hensynet både til økonomi og effektivitet tilsier at klagenemnda bør konsentrere virksomheten til å påtale regelbrudd av betydning og til å behandle prinsipielle rettsspørsmål.

Totalt avviste sekretariatet 50 klager i 2006. Dette utgjør 28 % av avgjorte saker dette året. Til sammenlikning ble over 50 %, hele 134 saker avvist i 2005.

Avvisningsavgjørelsene fordelte seg i 2006 slik:

Saken gjelder ikke brudd på regelverket for offentlige anskaffelser:	1
Saken ikke egnet for skriftlig behandling:	1
Klagen kan ikke føre frem:	45
Ikke hensiktsmessig for behandling i nemnda av andre grunner:	3

Sekretariatets avvisingsbeslutninger kan påklages til klagenemndas leder. Anslagsvis 20-25% av avvisningsavgjørelsene blir påklaget.

En del saker blir løst eller faller bort under saksforberedelsen, uten at sekretariatet eller nemnda tar stilling til sakens spørsmål. Dette gjaldt 18 klager i 2006.

Klagenemndas avgjørelser
I 2006 ble 108 saker lagt frem for klagenemnda til behandling. Nemnda konkluderte i 79 saker med at regelverket for offentlige anskaffelser var brutt, mens det i 29 saker ble konkludert med at regelverket ikke var brutt. At det blir funnet brudd i de fleste saker som blir tatt opp til behandling, må ses i sammenheng med at sekretariatet avviser svært mange av de sakene der klagen ikke kan føre frem.

Andelen saker hvor nemnda konkluderer med at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt, er omtrent det samme som i 2005, da det i 71 av 100 saker ble konkludert med brudd på regelverket.

En klage til klagenemnda har ingen formell virkning, og klagenemndas avgjørelser er ikke bindende mellom partene. Et rådgivende organ som klagenemnda er basert på en forventning om at partene vil legge avgjørelsen til grunn og deretter bli enige om konsekvensene. Dersom klageren har nedlagt påstand om erstatning, kan klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning foreligger. Klagenemnda utviser forsiktighet på dette området og har til nå bare unntaksvis benyttet seg av denne adgangen. Bare i tre saker i 2006 er det uttalt noe om at det kan være mulighet for erstatning, i sak 2005/84 (negativ kontraktsinteresse) og 2005/78 og 2005/303 (positiv kontraktsinteresse).

I saker om offentlige anskaffelser er avtale inngått først når kontrakten er underskrevet av begge parter. I en del av de sakene som blir brakt inn for klagenemnda, venter oppdragsgiveren med å inngå kontrakt til klagenemnda har fattet en avgjørelse. Klagenemnda anslår at dette gjaldt ca 25- 30% av klagene som ble behandlet i 2006. Disse sakene gis prioritet og behandles raskt. Når oppdragsgiveren velger å vente med å inngå kontrakt, er det naturlig å forvente at vedkommende prøver å rette eventuelle feil klagenemnda har påpekt.

For å spre kunnskap om klagenemndas tolkninger av regelverket er det opprettet en tjeneste der leverandører, offentlige etater og andre interesserte kan få elektronisk tilsendt nye uttalelser etter hvert som de foreligger. Per januar 2007 er det ca 2.650 abonnenter på tjenesten, en økning på ca 300 i forhold til januar 2006. I tillegg legges alle klagenemndas avgjørelser ut på klagenemndas hjemmeside www.kofa.no. Det er derfor grunn til å tro at klagenemndas virksomhet hjelper til å spre kunnskap om reglene og har en normdannende virkning.

Avvisningssakene har ikke tidligere vært publisert, men fra 01.01.2007 legges også disse beslutninger ut på hjemmesiden i full tekst. På www.kofa.no finnes også opplysninger om

regelverket, nemndas sammensetning, avgitte årsrapporter, statistikk m.m. Alle saker registreres med partenes navn etter hvert som de kommer inn.

Saksbehandlingstid
Saksbehandlingstiden er blitt et problem for klagenemnda. Det ble i 2006 avsluttet 176 saker, 84 færre enn i 2005. Slutten av 2005 og første halvpart av 2006 var preget av overflyttingen av sekretariatet til Bergen fra 01.01.2007 og at alle de erfarne saksbehandlere, så nær som den fungerende sekretariatsleder Andreas Schei, sluttet i den forbindelse. Schei sa seg villig til å bli med over for en begrenset periode, inntil ny sekretariatsleder var på plass. Den nye leder, Anneline Vingsgård ble tilsatt våren 2006 og tiltrådte 01.07., etter en viss overlappingsperiode med Schei. Nye saksbehandlere kom også på plass etter hvert. Da Vingsgård, gikk ut i fødselspermisjon den 01.10., overtok Henrik Lande som midlertidig leder og skal vikariere for Vingsgård til hun kommer tilbake 01.10. 2007.

For perioden januar til og med september 2006 ble det gjennomsnittlig behandlet i underkant av 11 saker pr måned. For perioden oktober til desember 2006 steg gjennomsnittlig antall til 26 saker pr måned. Dette skyldes ansettelse av flere saksbehandlere og tilgang på sekretær, som følge av en tilleggsbevilling våren 2006, samt et økt fokus på effektivisering og produksjon. Det var også midler til å trappe opp antall nemndsmøter.

I oktober 2006 var gjennomsnittlig saksbehandlingstid 405 dager for samtlige avgjorte saker den måneden. For november og desember var tallene henholdsvis 365 og 311 dager. Ved utgangen av januar 2007 var gjennomsnittlig saksbehandlingstid 286 dager fra klagen ble mottatt. Tallene viser at økt bemanning, sammen med de effektiviseringstiltak som er iverksatt siden oktober 2006, har fungert meget godt. Under forutsetning av at antall innkommende saker holder seg på nivå som forutsatt, vil det være realistisk å påregne at restansene vil være nedarbeidet, og at vi får en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på alle saker på ca tre måneder innen oktober 2007. Fordi flere av sakene i dag har et betydelig omfang, og for at partene skal ha tid til å kommenteres hverandres anførsler, må et gjennomsnitt på mellom to og tre måneder anses som en tilfredsstillende behandlingstid.

De sakene der oppdragsgiveren venter med å inngå kontrakt, blir prioritert tidsmessig av klagenemnda. I disse sakene var gjennomsnittlig saksbehandlingstid i januar 2007 52 dager fra klage ble mottatt.

Ett av formålene med opprettelsen av klagenemnda var å skaffe et effektivt alternativ til domstolsbehandling, et formål som gjenspeiles i klagenemndforskriften § 1. Klagenemnda har derfor betraktet saksbehandlingstiden som et problem som var i ferd med å gå ut over klagenemndas legitimitet. Med de effektiviseringstiltak som nå er iverksatt, og under forutsetning om tilstrekkelige budsjettmidler, ser det ut til at man i løpet av dette året vil nå målsettingen om en forsvarlig saksbehandlingstid.

Klagenemndas medlemmer og sekretariat
Klagenemnda har i 2006 bestått av ti medlemmer, oppnevnt av regjeringen for perioden 01.01.2003 - 01.01.2007
Følgende nemndsmedlemmer fungerte i 2006:

- 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-Mathiessen
- Advokat Siri Teigum
- Advokat Andreas Wahl

Fra 01.01.2007 er lagdommerne Magni Elsheim og Jakob Wahl oppnevnt som nemndsmedlemmer istedenfor Svein Dahl og Inger Roll-Mathiessen, mens de øvrige medlemmer er gjenoppnevnt for en ny periode på to år.

Klagenemnda er i hver sak sammensatt av tre nemndsmedlemmer. Frem til oktober 2006 ble det stort sett avholdt møter til behandling av klagesaker hver 14. dag. I perioden oktober til desember har det vært avholdt nemndsmøter hver uke. I tillegg er det i løpet av 2006 holdt to plenumsmøter for å diskutere spørsmål av prinsipiell karakter når det gjelder anvendelsen av regelverket og klagenemndas saksbehandling.

Siden sommeren 2006 er bemanningen i sekretariatet økt til 6 saksbehandlere inkludert sekretariatsleder. Av saksbehandlerne er én ansatt i engasjement. Én saksbehandler har arbeidssted i Oslo. I tillegg er sekretariatet tilgodesett med sekretær i 50 % stilling.

For tiden har sekretariatet følgende sammensetning:

Henrik Lande (sekretariatsleder)
Ann Mari Bjørlo (førstekonsulent)
Linn Tordal Halvorsen (førstekonsulent)
Per Langseth (seniorrådgiver)
Erlend Pedersen (førstekonsulent)
Rasmus Sand (førstekonsulent – engasjement)

Nåværende bemanning anses nødvendig for å nå målet om en akseptabel saksbehandlingstid innen oktober 2007. Klagenemnda mener at dersom sakene skal avsluttes i samme tempo som de kommer inn, må sekretariatet til enhver tid ha minst fire saksbehandlere. Sekretærhjelp er helt nødvendig for en rasjonell drift.

Evaluering av klagenemnda
I løpet av høsten 2006 ble det på oppdrag fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet gjennomført en evaluering av KOFA. Evalueringen ble gjort av et konsulentfirma og tok sikte på å undersøke om nemnda har oppfylt de målsettinger som ble satt ved etableringen.

Hovedkonklusjonene i rapporten, som ble avgitt 18.12.2006, var positive for klagenemnda. KOFA ble vurdert som en funksjonell håndhevelsesordning i tråd med de intensjonene som lå til grunn for opprettelsen. Et klart flertall av de spurte brukerne var tilfreds med KOFA, som ble betraktet som et viktig alternativ til domstolene, men det fremkom, naturlig nok, en del klager over den lange saksbehandlingstiden. Dette har vi som nevnt satt i verk tiltak for å få rettet på.

Nye regler og innføring av gebyr ved ulovlige direkte anskaffelser fra 2007
Det reviderte EU-direktiv 2004/18/EU om offentlige innkjøp ble implementert i det norske regelverket ved endringer av anskaffelsesloven og nye forskrifter innen både klassisk og forsyningssektoren i 2006. Samtidig er klagenemndforskriften av 15.11.2002 endret. Det nye regelverket er iverksatt fra 01.01.2007. Endringene innebærer bl. a. at klagenemnda nå har fått kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 % av kontraktens verdi i klagesaker vedrørende ulovlige direkte anskaffelser. Detaljerte saksbehandlingsregler for denne type saker er ikke utformet i forskrift eller instruks, og det har blitt overlatt til nemnda å utarbeide sine egne saksbehandlingsregler for gebyrsaker. Nemnda har vurdert det slik at det har vært behov for en nærmere utredning omkring de spørsmål behandlingen av denne type saker reiser, og har iverksatt en utredningen om dette fra professor dr juris Hans Petter Graver ved Universitetet i Oslo.

Smakebiter fra avgjørelser i 2006
Av problemstillinger i saker som ble behandlet i 2006, finner klagenemnda grunn til å trekke frem følgende:

Forbehold som tildelingskriterium
Nemnda har tidligere fastslått at tildelingskriteriet "Forbehold" mangler tilstrekklig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf sak 2003/59. I sak 2005/171 godtok likevel nemnda forbehold som tildelingskriterium etter en konkret vurdering. Nemnda delte seg med hensyn til begrunnelse, men var samstemte i forhold til resultatet.

Alternativ prosedyre for olje- og gassektoren
Ved sak 2005/193 behandlet nemnda sin første sak knyttet til alternativ prosedyre for olje- og gassektoren, jf forsyningsforskriften kapittel VI. Ved denne prosedyren gjelder ikke de alminnelige kravene til kunngjøring og saksbehandling som ellers ville fulgt av forsyningsforskriften kap III-V. De alminnelige kravene i anskaffelsesloven gjelder likevel, og nemnda kom til at kravene i lovens § 5 til forutberegnelighet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet var brutt ved at hovedtrekkene for den prosedyre som var tenkt fulgt ikke på forhånd var opplyst, og ved at det ikke ble ført tilstrekkelig protokoll over anskaffelsen.

Tekniske spesifikasjoner
Utgangspunktet er at oppdragsgiver ikke kan benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak, jf bestemmelsene §§ 5-2 (2) og 12-2 (2) i anskaffelsesforskriften av 15.06.2001. I sak 2006/71 kom klagenemnda til at den tekniske beskrivelse som var benyttet for innkjøp av administrative tjenester knyttet til programvarelisenser, delvis var i strid med regelen. Sakens premisser 27 til 31 gir en god illustrasjon når det gjelder grensen mellom hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt.

I sak 2006/111 hadde innklagede nøyd seg med å beskrive en funksjon som ble ansett som attraktiv uten nødvendigvis å knytte den til en bestemt leverandørs produkter. Det fremgikk at innklagede selv ikke var kjent med at det i praksis bare var én leverandør som kunne tilby den aktuelle funksjonen. Slik saken da lå an, fant klagenemnda at det ikke var grunnlag for å underkjenne en funksjonsbeskrivelse med henvisning til at det i dagens marked bare fantes én leverandør som kunne innfri. I sak 2005/170 falt oppdragsgiver også ned på riktig side, mens i sak 2005/130 ble forskriftens krav til ikke-diskriminerende standardhenvisninger ansett for brutt, ved at innkjøper ikke hadde redegjort for hva som skulle til for å tilfredsstille "tilsvarende krav".

Tilbudsevaluering og begrunnelse
Ellers er det fremdeles slik at de oftest forekommende feil gjelder tilbudsevalueringen og det at oppdragsgivere ikke gir tilstrekkelige begrunnelser for valg av leverandør. Dette går igjen i svært mange saker og er tydeligvis områder der offentlige innkjøpere trenger ytterligere skolering.

Avslutningsvis
2006 har vært det første år sekretariatet har hatt tilholdssted i Bergen. KOFAs sekretariat er nå bygget opp som en del av Konkurransetilsynet, og er budsjettmessig og administrativt underlagt tilsynet. På sikt vil Konkurransetilsynet kunne dra nytte av den kompetanse sekretariatet har innen offentlige anskaffelser i tilknytning til saker med berøringsflate mot konkurranserettslige problemstillinger. .

De praktiske problemer ved at flertallet av nemndsmedlemmene har tilhold i østlandsområdet er løst. Til å begynne med i 2006 ble nemndsmøtene avholdt ved at sekretariatet reiste til Oslo. Fra høsten 2006 ble møtene gjennomført via videokonferanser. Dette har medført betydelige tids- og kostnadsmessige besparelser. Kontakten mellom sekretariatet og nemnda er fortsatt meget god, og driften av sekretariatet fra Bergen har fungert utmerket.

KOFA kom godt ut av evalueringen som ble gjennomført i 2006. Om departementet vil gjennomføre endringer som følge av denne, gjenstår å se. Den negative trenden med økende restanser er snudd i løpet av høsten 2006. Det blir nå behandlet mer enn dobbelt så mange saker pr. måned som tidligere, og innkommende klagesaker synes å ha stabilisert seg på et lavere antall. Det er god grunn til å tro at saksbehandlingstiden vil komme ned på ønsket nivå tidlig høsten 2007.

Oslo, den 23. februar 2007

Bjørg Ven
Klagenemndas leder